

POR D. FRANCISCO DE OLLOQVI, VEZINO DE SEVILLA,

RESPONDIENDO A LAS PRETENsiones que Don Diego de Olloqui su hermano, Canonigo de la Santa Iglesia de esta dicha Ciudad, ha representado por su Informe al señor Doctor Don Gregorio Portillo, Canonigo Doctoral de ella, en quien los susodichos, y D. Lope de Olloqui se han comprometido para que los ajuste en las diferécias con que està embaraçada la particion de los bienes de Lope de Olloqui, y Doña Vrsula de Mendoza su muger difuntos, padres de los susodichos, que se començô a hazer por el mes de Nouiembre del año passado de seiscientos y quarenta y dos.

N.1 AVNQVE Don Diego quiere reduzir a quatro pretensiones todas las que cõtiene su Informe, son muchas mas, y tan quantiosas, que no alcançan todos los bienes de sus padres para satisfazer lo que pretende deberscle. Y porque en el hecho consiste la respuesta de lo mas que pretende, necessariamente se haràn algunos presupuestos para la noticia clara de el, pues Don Diego no haze ninguno siendo tan preciso.

2 Presuponese primeramẽte, que por el mes de Febrero del año passado de seiscientos y treinta y seis, Lope de Olloqui, y Doña Vrsula de Mendoza su muger, en cierta escritura de capitulaciones matrimoniales que otorgaron al tiempo q̃ Don Alberto de Olloqui (hermano mayor de los susodichos Don Diego, y Don Francisco) se casò con Doña Elvira Dauila y Mendoza, se obligaron en favor del susodicho, a fundarle vn Vinculo de cinquenta mil reales de renta en juros que no excediessen de la mitad de la finca, en el qual Vinculo se auia de incluir la legitima paterna y materna, cõ calidad que si algo faltasse de ella para el cũplimiento de los cinquenta mil reales de renta, lo auian de suplir los dichos sus padres, mejorandole en tercio y quinto hasta en la cãtidad q̃ bastasse para el cũplimiento de dicha renta: la qual auia de començar à gozar enteramente despues del fallecimiento de los dichos sus padres. Esta escritura otorgò, y jurò D. Alberto, por ser menor de veinte y cinco años, y jamas dixo de nulidad contra ella.

3 Por el mes de Febrero del año passado de seiscietos y quarenta y vno falleciô Lope de Olloqui, y en su testamẽto que otorgô ante Alonso Rodriguez Muñoz, situô, y adjudicò los Iuros que auian de ser del Mayorazgo, y en la dicha adjudicacion se contiene el del Tabaco, que vale mil ducados de renta.

4 En catorze de Otubre de seiscietos y quarenta y vno otorgò su testamento Doña Vrsula de Mendoza, y en el està vna clausula del tenor siguiente. *Item digo, que por quanto a el tiempo y quando se hizieron y otorgaron las capitulaciones de dote del dicho Don Alberto de Olloqui mi hijo, quando casò con la dicha Doña Eluira Dauila y Mendoza su muger, yo hize y otorguè vna exclamacion de la dicha escritura è Vinculo, que por ella prometimos de fundar el dicho mi marido e yo en favor del dicho mi hijo por via de mejora, como consta de la*

la dicha reclamaciō, y que passò ante el presente escriuano publico, agora doy por ninguna, y revoco la dicha reclamacion como si no se huuiesse fecho y otorgado, y quiero y es mi volūtad, que las dichas escrituras, y mejoras, y fundacion de Vinculo se cumplan en la forma que por mi y el dicho mi marido fue otorgada por la dicha escritura de capitulaciones, la dicha dote, y obligacion, por quāto la dicha mejora, y obligacion del dicho Vinculo se auia de hazer en Iuros situados en diferentes situaciones, como se hizo, y fundò el dicho Lope de Olloqui mi marido, por clausula de su testamento, en el qual adjudicò ciertas partidas de Iuros, reguladas sus rentas en la forma que en el se refiere. Aora quiero y es mi voluntad, que en la dicha mejora e Vinculo entren, e yo le adjudico los estancos de Aguardiente de los lugares y partidos de diferentes rentas, que montarà su rēta veinte mil reales, en que entra la medida de Alcala de Guadaira, y esta cantidad se le dè y adjudique en el dicho Vinculo, baxandole la mesma cantidad de renta de Iuros, de los que estan adjudicados y agregados a el dicho Vinculo a eleccion de mis herederos, y esto hago y quiero que se cūpla, porq̄ se le mejore y situe mejor la dicha renta, valiendome de la reserua q̄ el dicho Lope de Olloqui mi marido hizo por su testamento, dō de me reseruaua el derecho para mejorar la dicha renta, segun consta y parece, &c. Y con esta disposicion fallecio.

5 Por el mes de Otubre de el año passado de seiscientos y quarenta y vno tomò possessiō del dicho Vinculo D. Alberto de Olloqui, como consta de los autos que en razon de esto passaron ante Felipe de Fuentes escrivano del Iuzgado del Teniente segundo de esta Ciudad, y por el mes de Agosto del año passado de seiscientos y quarenta y dos fallecio el dicho Don Alberto sin dexar sucessión, instituyendo a su alma por heredera.

6 Por el mes de Setiembre de mil y seiscientos y quarenta y dos Don Diego de Olloqui pidiò possession judicialmente del Vinculo y Mayorazgo ante Don Leonardo Enriquez, ofreciendo informacion de como Don Alberto de Olloqui su hermano auia fallecido sin hijos, y de que el susodicho era el mayor de los que auian quedado de Lope de Olloqui, y Doña Vrsula de Mendoza sus padres, fundadores del dicho Vinculo: Y recebida la informacion se le mandò dar la possession, como consta de los autos que en razon de esto passaron ante Ioseph de Roxas escriuano de Prouincia del dicho Don Leonardo Enriquez.

Parece

7 Parece tambien que por escusar las diferencias que huuō acerca de la valuacion del priuilegio de las Aguasardientes, para sacar otra tanta renta de los Iuros del Vinculo, en conformidad de la clausula que està a num. 4. y tambien porque Don Diego pretendia se le auia de sacar en quenta de lo que valiesse el priuilegio el Iuro del Tabaco, por las razones que tiene alegadas. Por escusar estas diferencias se acordò por el dicho Don Diego, Don Lope, y Don Francisco hazer cierta escritura de compromisso, que passò ante Iuan de Ballesteros escriuano publico desta Ciudad por el mes de Iulio del año passado de seiscientos y quarenta y seis, en que se obligaron todos tres de mancomun, y otorgarō debaxo de cierta pena de estar y passar por el arbitrio y parecer del Licēciado Don Diego de Cuellar Velazquez, y del Licēciado Pedro Christoual Abogados de la Real Audiencia de esta Ciudad, y dierō poder a los susodichos para que hiziessen la adjudicacion de la renta del dicho Vinculo, descōtando de la que auia situado Lope de Olloqui los Iuros que se huuiessen de descontar por el valor del priuilegio de las Aguasardientes, que auia adjudicado al dicho Vinculo D. Vrsula de Mendoza, cō la calidad y circunstancias que contiene la clausula de su testamento: y los dichos D. Diego de Cuellar, y el Licēciado Pedro Christoual, con vista de la escritura de capitulaciones, testamētos, y quinquenios de los valores de los estancos de Aguardiente, valuaron el dicho priuilegio en 18U. y tantos reales, y descontaron esta dicha cantidad del Vinculo, auiēdo sacado de el los Iuros que la cumplian, dexando el del Tabaco, como todo mas largamēte consta por la escritura del cōpromisso.

8 Presuponese tambien, que a el tiēpo y quando D. Alberto de Olloqui se casò con la dicha D. Eluira Dauila y Mendoza recibiò en dote catorze mil ducados de plata, y prometiò a la susodicha vn quento de marauedis en nombre de arras, obligando su persona y bienes a la restitucion de dicha dote y arras, en qualquier caso que por derecho fuesse obligado a hazerla: y por especial hipoteca obligò a la dicha satisfacion los reditos del Vinculo q̄ en dicha escritura de capitulaciones le fundarō sus padres, los quales otorgarō jūtamēte la dicha capitulacion, y se obligaron a favor de la dicha D. Eluira Dauila, como fiadores y principales pagadores del dicho D. Alberto

Alberto de Olloqui su hijo para la paga y restitució de dicha dote y arras.

9 Presupuesto todo lo referido, Don Diego de Olloqui ha dado cierto Informe, que contiene las pretensiones siguientes, que se ponen aqui a la letra, para que con mas claridad se entiendan los fundamentos conque se le responde.

10 Ante todas cosas, y sin que se haga particion de la haziẽda libre, se ha de adjudicar a el Mayorazgo cinquenta mil reales de rẽta en Iuros, que sean a menos de la mitad de la finca, en que ha de entrar el del Aguardiente, contado en diez y ocho mil reales de renta, y no mas, de los quales cinquenta mil reales de renta, me han de entregar recaudos y priuilegios para cobrarlos, y todo lo que hasta aora se ha hecho de mala calidad, por auer quebrado los Tesoreros, y Administradores, q̃ no he cobrado por no auer tenido recaudos bastantes, ha de ser por quenta y riesgo de mis hermanos, y me los han de hazer buenos en la particion de los bienes libres todos los reditos que no huuiere cobrado por esta causa.

11 La segunda pretension es, que no se me ha de adjudicar en el Mayorazgo el Iuro del Tabaco por no tener cabimiento; y aunque es verdad que mi padre, que Dios aya, lo señalô a el tiempo de su muerte para el Mayorazgo no ha de ser admitido, porque en las capitulaciones que se hizieron quando D. Alberto de Olloqui mi hermano se casò, se obligò el dicho mi padre a imponer cinquenta mil reales de renta en Iuros, que fuessen a menos de la mitad de la finca, y este no lo es, y assi segun su obligacion no ha de ser admitido en el dicho Mayorazgo, y aunq̃ sea a menos de la mitad de la finca, porque la obligacion fue fundar cinquenta mil reales de rẽta, y este Iuro no renta nada, ni nunca lo ha rentado desde que mi padre lo señalô. Demas de esto este Mayorazgo se hizo de la legitima de mi hermano D. Alberto, y remaniente de tercio y quinto, y solo en su legitima le cabé mas de lo que importan los cinquenta mil reales de renta en juros, por tener tan poco valor como tienen y han tenido aun antes que se fundasse el Mayorazgo, y el dicho D. Alberto no puede ser perjudicado en su legitima, y a que consintiesse ser grauado, y por serlo, y adjudicarle este Iuro del Tabaco, quando tomò possession del Mayorazgo hizo vna reclamació ante Felipe

de Fuentes escriuano del Iuzgado del Teniente segundo, que estoy presto a presentarla cada y quando que convenga, con las cartas de pago del dicho Iuro del Tabaco desde el año passado de mil y seiscientos y quarenta, las quales no se han cobrado, ni ay de donde, y la adjudicacion de los Iuros para el Mayorazgo fue en el año de quarenta y vno.

12 La tercera pretension que tengo es, que no se ha de traer a colacion ni particion lo que mi padre, que Dios aya, gastò en los Beneficios y Canongia que posseo, por quanto el dicho mi padre no me hizo cargo de ello, ni consta por instrumento publico, ni quenta que en sus libros tuuiesse, por lo qual parece me hizo gracia de ello, que si no fuera asi, claro està que el me huuiera hecho hazer recibo de la cantidad por quenta de mi legitima, como lo hizo con mi hermano Don Alberto, que Dios aya, de lo que le entregò quando fue a Indias: y dado caso que dispongan las leyes que estos gastos los reciba en quenta de mi legitima, han de ser meramente los que constaren por Bulas de su Santidad auer gastado mi padre, que otros no, porque no he de pagar yo las galanterias q̃ su merced quiso hazer, y los dichos gastos, asi en Beneficios como en Canongia, siendo forçoso que lo recibia en quenta, parece estar satisfechos, por quanto el dicho mi padre administrò con poder mio mas de nueve ò diez años toda mi rẽta Eclesiastica, que en cada vn año importa mas de mil y quiniẽtos ducados, y algunos años mucho mas, por aver valido el trigo a grande precio, y tener mis Beneficios lo mas de la renta en trigo y cebada terciada, y poco mas o menos serà tãto lo que recibiò el dicho mi padre en el tiempo de la administracion de los Beneficios, como lo gastado en ellos, y en la Canongia, por importar el recibo mas de diez y seis mil ducados, los quales me han de hazer buenos en la particion, no enseñando mis hermanos instrumentos publicos por donde conste que el dicho mi padre quiso descontar lo vno por lo otro.

13 La quarta pretension que tengo es, que yo solo no he de pagar la dote de mi señora D. Elvira Dauila, muger de mi hermano D. Alberto q̃ fue, sino todos tres de la hazienda suelta que dexò mi padre, que Dios aya, como fiador que fue de la dicha dote: y aunque es verdad que hipotecò el Mayorazgo, fue

fue por si faltassen los bienes libres como pudo suceder; y aviendolos, ellos lo han de pagar, no las rayzes, que es el Mayorazgo, como se viò despues de muerto mi hermano D. Alberto, q̃ Dios aya, q̃ Iuã Davila Aguirre, padre de mi señora D. Elvira, como Curador ad litem, que fue nombrado por su hija, quiso embargar todos los bienes libres: y por escusar pleytos y embargos, con parecer de Letrados, nos juntamos y convenimos en que pagassemos la dote por plazos cinco mil ducados cada vn año, y en esta conformidad se hizo la escritura ante Luis Alvarez, obligandonos todos tres hermanos de mancomun: claro està que si quisiera cobrar del Mayorazgo, no me auia de obligar a darle cinco mil ducados cada año, no importando el Mayorazgo mas de cinquenta mil reales de renta en Iuros, de que quita su Magestad la mitad. Para aver de otorgar esta escritura me embiô mi hermano Don Lope poder de Madrid, y mi hermano D. Francisco siẽdo menor se hizo informacion de vtilidad y provecho, y el padre de menores vino en que la firmasse, y estando remisso en hazerlo le hize vn resguardo, de que por aquella escritura no lastaria, ni le vendria perjuyzio alguno. Mediante este resguardo, dize el dicho que yo he de pagar toda la dote, y que a el no le toca pagar nada. A lo qual respondo, que por aquella escritura no lasta, sino por la obligacion y fiança que mi padre hizo, y asi se ha de pagar de los bienes que dexò como tal fiador que antes se le hizo beneficio, pues lo que avia de pagar en vna paga, la paga en quatro ò cinco. Otras muchas razones podia dar alegadas ya en el pleyto, que està pendiẽte ante el señor Iuez de la Iglesia, de que V. m. tiene noticia.

14 En quanto a la primera pretension de D. Diego, supuesto que como consta del numero 3. està ya hecha la adjudicaciõ de los Iuros, y renta del Vinculo, no ay que responder en el derecho, y el que pretende tener para que sus hermanos le saneen, y hagan bueno todo lo que se huviere perdido de los reditos de los Iuros adjudicados por quiebras de Tesoreros, y Recetores, y otros accidentes; bien claramente consta quã sin fundamento introduze esta pretension, pues sus hermanos no han tenido obligacion de cobrarle su renta, y la que pretende han tenido de entregarle los privilegios, y demas recaudos necessarios para la cobrãça de la renta del Vinculo

no

no se funda en nada, y quando la huuieran tenido, y D. Diego de Olloqui les huuiesse hecho algunos requerimientos para que entregassen los dichos recaudos, no pudieran ser obligados a ello, por quanto el dicho D. Diego ha sido el que ha tenido el manejo de estos, y los demas papeles pertenecientes a los bienes que quedarō de sus padres, y no le pudiera estorvar nadie el que tomasse estos como pertenecietes a haziēda suya propria.

Y en esta consideracion no se gastarà tiempo en responder a esta pretension, ni es posible que D. Diego la quiera introduzir con otro fin que hazer mas bulto, para lo qual sobran las que se siguen. A que se responderà, ponderādo por la parte de D. Diego todas las razones y fundamentos de derecho que tuuiere, respondiendo inmediatamente a ellos, y representando los que hazen clara y manifiesta la justicia de Don Francisco, para que no se le admita a el dicho D. Diego ninguna pretension de las que intenta.

15 Primò igitur no debe ser oydo D. Diego de Olloqui en la segunda pretension, de que no se le ha de adjudicar el Iuro del Tabaco en la renta del Vinculo, como se prueba y se manifiesta quasi per *indicem* en las razones y fundamētos peremptorios siguientes.

16 Lo primero, porque la adjudicaciō de este y los demas Iuros fue hecha por Lope de Olloqui, en cumplimiento de la obligacion que contraxo en la escritura de capitulaciones: y siendo D. Diego como es heredero del susodicho, tenetur eius factum præstare textus elegās, licet vulgaris in leg. cum à matre. C. de rei vindicatione, probat Vlpian. in leg. ex qua persona. 149. ff. de regulis iuris, leg. filium. 31. ff. de liberali causa, melior textus in leg. si tertius. 6. §. Celsus. ff. de aqua pluuia arcēda, ibi: *Quod autem is cui hæres sum fecit perinde est, atq; si ipse fecissem.* Y la razon principal es, porque con la aceptaciō de la herēcia quasi contrahit veram obligationem de obseruando omnia in testamento contenta, vt docet Gratian. disceptatione. 839. num. 4. Surd. plures allegans lib. 1. cons. 143. num. 9. Craueta cons. 960. num. 13. ibi: *Siquidem ratam alienationem habere necesse hæredes, habent à quibus defuncti factum frustra impugnatur.* Y aunque es verdad que en el caso de Mayorazgo auiendo enagenado cosa de el, parece que es opiniō comun, que

que el sucessor siendo heredero juntamente *teneatur ratam alienationem habere*, por aquella parte en que fue instituido por heredero, y no en mas. Desuerte que si el testador huuiesse vendido alguna possessión del Mayorazgo en trecientos, siendo tres los herederos, solamente estarà obligado a no impugnar la enagenacion en ciento, que es lo que corresponde a la parte en que fue instituido por heredero: y si lo huuiesse sido insolidum, entóces tendrà lugar la disposicion de los derechos y fundamentos arriba alegados, vt eleganter exemplificat Pinelus in leg. 1. C. de bonis maternis. 3. part. n. 79. doctissimè Molina de Hispanorum primogenijs, lib. 4. cap. 1. ex. n. 16. vsque ad. 23. & ab eo relati, Corneus, Rodericus Suarez, & alij Menoch. consi. 1204. ex. n. 8. vsque ad. 15. vbi subdit hæc verba n. 12. *Nam cùm ipse Dominionus sit hæres patris & aui solùm pro tertia parte, pro alijs duabus, pro quibus nō est hæres, contrauenire & reuocare potest, quod ipse suus antecessor egit, & in eo quod sibi deest agere potest.* Et. n. 13. adducit opinionem Socini Senioris in leg. frater à fratre. ff. de conditione indebiti. n. 19. & in. l. 4. §. si is qui in duplam. n. 2. ff. de verbor. oblig. vbi asserit, *Quod si pater, vel mater vendidit rem vnius filij, promittendo etiam expressè de euictione & defensione, & postea decedit duobus filijs relictis hæredibus, quod ille filius cuius erat res vendita, potest rem ipsam pro dimidia recuperare, pro alia dimidia verò non: cùm hæres pro ea parte, pro qua non est hæres, contrauenire possit facto sui antecessoris.* Idem Menochius consi. 1234 ex. n. 12. vbi refert quàmplures huius opinionis se ipsum allegans alijs in locis, Additionator Molinæ dict. lib. 4. cap. 1. ex n. 16. adonde trae muchissimos autores: y aunque no faltarō algunos no de poca autoridad, quos refert Menochius vbi supra, que lleuaron indistintamente que el heredero no podia impugnar la disposicion de el difunto, y consiguientemente pretender reuocaciō de la enagenacion hecha por el, de la cosa prohibida de enagenar, nihilominus superior opinio nititur adeò validis fundamentis, que yo la tengo por expressa doctrina de la ley cùm à matre, C. de reivindicatione. Y la razon es, porque el heredero representa la persona del difunto solo por aquella parte en que fue instituido; y assi auiendolo sido insolidum, no podrà contrauenir, ni impugnar nada de lo dispuesto por el testador: pero siendolo por parte, pro ea tā tùm repræsentat defunctum, y en las demas se juzga por estra

 ño,

ño, y podrà muy biẽ cõtrauenir a sus disposiciones, Menoch. d.cons.1204.n.14.& cõs.1234.n.19. Con lo qual parece q̃ D. Diego o tẽdria acciõ para pretender q̃ no se le adjudique al Vinculo mas que vna tercia parte del juro del Tabaco, supuesto que son tres los herederos; y por las dos partes en que no lo es, no està obligado a passar por la adjudicacion del dicho juro, como perjudicial al Vinculo, y que no cumplio cõ su obligacion el Fundador en imponerle, pues la que tenia (como se ve en el num.2.) fue de adjudicar juros de buena calidad, y q̃ no excediessen de la mitad de la finca: y en imponer este no parece que hizo menos agrauio a los sucessores del Mayorazgo, que ya tenian derecho adquirido, que hiziera, si estando ya hecha la adjudicacion en los juros que tenia obligacion, huuiesse enagenado alguno dellos, contra la prohibicion expressa de no enagenar: y este es el caso en que habla Molina dicto lib.4.cap.1.ex.n.16. y en el (segun se ha fundado cõ su opinion y la de otros muchos supra citati) successor non tenetur ratificare alienationem à defuncto factam, nisi pro ea parte qua hæres extitit. Luego en nuestro caso no està obligado Don Diego a ratificar la adjudicacion de el dicho juro, mas q̃ por la tercera parte en que es heredero.

17 His verò non obstantibus, no ay duda que en los terminos de nuestro caso no tienen lugar las doctrinas y opiniones arriba referidas, y que Don Diego no debe ser oydo, porque como consta del num.4. Doña Vrsula de Mendoza, despues de hecha por Lope de Olloqui la adjudicacion de los juros que pertenecia al Vinculo, hizo cierta mejora en el adjudicãdole el Privilegio de las Aguas ardientes, que vale.18U. reales de renta, los quales, segun su disposicion, se auian de sacar de los juros del Vinculo a eleccion de sus herederos: y auiendo fallecido la dicha Doña Vrsula, Don Alberto de Olloqui su hijo, hermano mayor de Don Diego, y primero posseedor deste Vinculo, por cuya causa se fundò, pidiò possesion judicialmente de el, y se le mandò dar, y señaladamente la tomò del dicho Estanco de las Aguas ardientes, y gozò, y percibiò sus frutos y rentas todo el tiempo que viuio, y en su consequencia el dicho Don Diego de Olloqui: conque es euidente auer acetado vno y otro la dicha mejora y legado, y consiguientemente las qualidades conque se le dexò, ex eo, nam qui rem

accep-

acceptat cum sua causa, onere, & natura, acceptare tenetur, & debet, vt probatur in leg. si duo. ff. de adquir. hered. sic declaratam per Bartholomæum Socinum in consilio vltimo, lib. 4. & Carolum Ruinum in consil. 111 num. 2. & 3. lib. 5. docet Menochius de præsumpt. lib. 4 præsumpt. 101. nu. 45. Y siẽdo assi que la dicha mejora de renta se le hizo cõ calidad de que se huuiesse de sacar otra tãta de los Iuros adjudicados a eleccion de los herederos; es preciso sujetarse a esta calidad de q̃ ayan de elegir, ò se ha de abstener del legado: y esta es doctrina textual de la. l. si te donatã. 13. C. de fideicõmis. libertatibus, vbi habetur eum qui relictum in testamẽto capit teneri voluntatem testatoris seruare, aunque le sea de tanto perjuyzio el obedecer a el testador, como en la especie de aquel texto, que auiendo dexado cierto legado a su muger, pidiò a los sucessores que diessen la libertad a vna esclava propria de la muger, y dize el Emperador: *Tam eos ad redemptionem, & manumissionem, quam eam quæ incapiendis relictis, defuncti consensit iudicio teneri*, probat text. in leg. deberi 6. C. eodem, eleganter Paulus in leg. Lucius Titius. 40. ff. eodem, ibi: *Neq; patris naturalis iudicium in cæteris legatis filia agnouit, &c.* probatur in leg. 6. tit. 9. part. 6. & leg. 3. eodem, & in leg. decem. 6. & in leg. si debitor 45. dicto tit. Y procede esta doctrina con tal fuerça, que aun en los terminos de ser el grauamẽ mayor que la comodidad del legado, nihilominus auiendole admitido, es visto auerse sugetado al grauamen. d. leg. si debitor, & leg. decem. 6. & d. leg 6. tit. 9. part. 3. ibi; *Maguer el sieruo valiesse mucho mas q̃ aquello que auia recebido, tenudo es de aforrarlo, porque semeja que pues que lo recibiò, que se tuuo por pagado dello.* Y aũque es verdad que esto es especial en los casos que es grauado el legatario a disponer, ò dar cosa suya por lo que recibe en el legado, lo general es, que si el grauamen es de dar libertad a esclauo ageno, ô disponer de cosa agena, ò restituir alguna cantidad, debe ser cõpelido hasta en aquella que contiene el legado: y no es esto especial favor de la libertad, pues se ajusta y tiene lugar la doctrina en otro qualquier caso, vt probatur in leg. 3. tit. 9. p. 6. ibi: *E aun dezimos, que si el testador mandasse a alguno de aquellos a quien el ouiesse dexado de lo suyo, señaladamente que de aquello que le mandaua que diesse alguna cosa a otre, tenudo es de lo fazer fasta aquella quantia que montare aquello que el auia dexado por manda.* Textus in

leg.

leg. Imperator §. si centum. ff. de legatis. 2. Mieres de maioratibus. 1. p. quæst. 55. n. 2. & 9. & 31. & 32. qui refert & congerit quamplures.

18 Ex quibus constat evidenter, q̃ auiẽdo admitido el legado Don Alberto de Olloqui, y consiguientemẽte D. Diego, que pudiera auer reclamado, porque D. Alberto no pudo perjudicar con su acetacion el derecho de los sucessores al Vinculo: nam maioratus instituuntur gratia, tam primi, quàm cæterorum successorũ, ex doctrina Molin. lib. 1. cap. 22. in principio, & lib. 4. cap. 9. num. 10. & num. 16. vbi remissiuè no le queda recurso alguno para contradezir la eleccion que Don Lope y Don Francisco tienen hecha de los Iuros que se auian de sacar de los adjudicados en el Vinculo: y si alguna accion huuo para que el del Tabaco se quitasse del Vinculo, por no ser de la calidad que requiere la obligacion de Lope de Olloqui, esta espirò con la adjudicacion del priuilegio de los estãcos de Aguardiente hecha por D. Vrsula de Mendoza por via de mejora de renta, como lo denotan manifiestamẽte las palabras de la clausula: y auiendo admitido dicha mejora, ha de ser con el cargo de dexar escoger los Iuros que se deben sacar del Vinculo: y pretẽder oy q̃ se ha de sacar de el el del Tabaco, auiendo admitido el legado, es querer destruir la disposicion de D. Vrsula: argumento legis contra legem. ff. de legibus, y que no sirva de nada la eleccion que dexò a sus herederos, ibi: *A eleccion de mis herederos*. Y quando no estuuiessen tan claras las palabras, se les avia de buscar alguna virtud vt aliquid operarentur: ita eleganter docet Affricanus in leg. si quando. 109. ff. de legatis 1. verba enim ita debent intelligi, ne sine effectu maneant, Menoch. conf. 122. num. 48. & conf. 373. num. 8. & in tantum est verum hoc principium, vt procedat etiam in materia odiosa, vt tradit Craueta consil. 272. num. 7. relatus à Menoch. dicto conf. 373. num. 8. Farinacius decis. 352. num. 2. & alij quamplurimi relati à Simone Barbosa in suis principijs & locis cõmunibus, litera V. concl. 11. Y no fuera possible que obrassen cosa alguna las palabras, si se le admitiesse a D. Diego la pretension, y fuera reduzir la materia a el mismo estado que tenia antes que D. Vrsula hiziesse la mejora, lo qual como queda fundado, no ha lugar, sino es en caso de abstenerse del legado, porq̃ no lo haziendo assi,

asi, el grauamen que se infiere por no ser este Iuro de tã buena calidad como debiera, tiene compensació con la vtilidad del legado, que sino la tuuiera y muy cõsiderable, no ay duda que ni D. Alberto, ni Don Diego le huuieran admitido, pues nadie les podia obligar a esso; y esta es bastantissima prueba de que aun con el contrapeso de auerse de quedar con el Iuro del Tabaco, le fue de mucha vtilidad el legado.

19 Por no alargar el papel no se dan otras razones y fundamẽtos por donde conste la verdad de la proposicion, cõcluyendo conque aun estando en el estado q̃ tiene oy esta materia, adonde no es possible conforme a razon y derecho que Don Diego sea oydo, con todo esso se allanarân D. Lope y Don Francisco a permutarle el Iuro por otro, ô otros los mejores que tenga la hazienda, con calidad de que renuncie, y haga suelta del priuilegio de las Aguasardientes: y parece que es bastante allanarse, pues en el caso de no auer D. Diego admitido la mejora, no pudiera conseguir mas que esto, auiẽdo de preceder vn pleyto largo y muy dudoso, sobre si el Iuro del Tabaco tenia la calidad necessaria para adjudicarse a el Vinculo ò no; y vencida esta parte, si D. Diego tenia derecho para pretender se adjudicasse otro, no lo auiendo pretendido D. Alberto, por cuyo favor principalmente se fundò dicho Vinculo.

20 Vlteriùs le obsta a D. Diego la fuerça de vn compromisso hecho por vna escritura publica, y cõ todas las solemnidades y requisitos de derecho, vt constat ex nu. 7. y auiendo determinado los Arbitros dentro del termino que se les señalò, y auiendole oydo sin que en esso interviniesse fraude, ni dolo, no se puede venir contra la determinacion y sentencia, sin q̃ se cometa la estipulacion de la pena, text. in leg. ita demũ. 31. ff. de recept. arbitris, leg. qui fidé. ff. de transactionibus, Azebedo in leg. 4. tit. 21. lib. 4 Recop. num. 54. Gutierr. de iuramento confirmatorio. 1. part. cap. 60. num. 1. probat text. in leg. rescriptum. 10. §. si pacto. ff. de pactis, leg. 34. tit. 11. part. 1. & ibi Greg. glos. 1. y asi es preciso que antes de ser oydo el susodicho, aya de pagar mil ducados de plata a D. Lope y D. Francisco, que es la pena que se puso al que contradixesse, ô no obedeciesse la sentencia, Authentic. decernit ius. C. de receptis arbitris, leg. 35. tit. 4. part. 3. y aun despues de auerlos

pagado, tenebitur stare arbitrorũ, seu arbitratorum iudicio, neq; obstat d. Authent. decernit ius, ibi: *Sed pœnam statuat quæ præstita, liceat à iudicatis recedere*, & d. l. 35. tit. 4. part. 3. ibi: *Mas quien no se pagare de el, peche la pena que fue puesta, è despues no seà tenudo de obedecerle*. Adonde se prueba con evidencia, que en los compromissos en que ay pena, cessa la obligacion de consentir las sentencias auiendola pagado, y no puede la parte que no quiere obedecerlas, ser obligado a mas: ita probat d. text. in l. rescriptum §. si pacto. ff. de pactis, faciunt ea quæ notat Gutierr. de iuram. confirm. 1. p cap. 60. n. 1.

21 Nam omissis varijs interpretationibus respondẽdum est d. leg. part. & dict. Authent. loqui, en caso que la parte que se agrauia, reclama dentro de diez dias despues de la sentencia de los Arbitros, porque no lo haziendo assi, no tiene recurso alguno, & per omologationem decẽ dierũ, passa la sentẽcia a autoridad de cosa juzgada, y como tal produze excepcion, vt probat textus in leg. cum antea, vers. *Sinautem*, C. de recept. arbitris, glos. in leg. 2. verbo, *Exceptionem*. ff. eodem, dicta lex 23. tit. 4. part. 3. ibi: *Fueras ende si callassen, è lo non contradixessen desde el dia que fue dada la sentencia fasta diez dias, ca entonce maguer non hi fuesse puesta pena, tenudas serian las partes de guardar el juyzio que assi fue dado*, dicta leg. 35. eodem ibi: *O si se callassen fasta diez dias despues que fuesse dada, que la non contradixessen, tal sentencia como esta debe valer*. Y aunque en derecho comun es opinable, vtrùm compromissum vbi fuit apposita pœna omologetur? y la mas comun y seguida es, quod non omologatur, sino es q̃ tenga la clausula rato manẽte pacto, iuxta opinionem glossę in leg. 2 ff. de receptis arbitris, docet Marãta in praxi, part. 6. num. 263. & sequenti, Alberico in dict. leg. 2. & alij relati à Gregorio in dicta leg. 35. gl. verb. *Las partes por bueno*, attamen attento iure nostro Regio, es sin disputa, que aũque se ponga pena, y no aya clausula rato manente, omologatur sententia, vt expressis verbis habetur in leg. 4. tit. 21. lib. 4. Compilat. Gregor. dicta glos. verb. *Las partes por bueno*, Azebed. in leg. 4. tit. 21. lib. 4. Comp. nu. 49. cum tribus sequentibus: ademas de que en el compromisso presente huuo la clausula rato manente, y assi no admite disputa en ningun derecho, que tiene obligacion la parte que contrauiniere a la sentencia pagar la pena, Gutierr. de iuram. confirmat. 1. p. cap. 60. n. 2. Azebedo

vbi

vbi ſupra n.51. probatur ex textu in l.34. tit.11. partit. 5. vbi Gregor. y con todo eſſo quedarà ſujeto a obedecer la ſentencia. Ex quibus apparet, que aunque Don Diego ſe reduxeſſe a pagar los mil ducados de plata que tiene de pena el cōpromiſſo, que era el camino que tenia para contradezir, y reclamar del arbitrio, ya oy no debe ni puede ſer oydo, porque le obſta vna excepcion de coſa juzgada ꝗ produze la omologacion. d.l. cum antea, verſ. ſin autem. C de receptis arbitris, iūcta gloſſa leg. 2. ff. eodem. Con que queda baſtantemente probado que Don Diego no puede ſer oydo en eſta pretenſion, y que ſolo por introduzirla debe pagar mil ducados de plata a Don Lope, y Don Franciſco, quod quidem præcipuè habet locum ex eo, nam el dicho Don Lope, y Don Franciſco ſe han ſujetado, y obedecido el arbitrio y parecer de los Iuezes Cōpromiſſarios, y hecho de ſu parte lo que les tocaua: probatur argumento textus in l. Iulianus §. offerri ff. de actionib. empti, & venditi, text. in l. Ediles. 25. §. vltimo. ff. de Edilicio edicto, notat & aduertit Azebedo vbi proximè n. 80. & ab eo relatus Anton. Gomez, Gutierrez, & alij.

22 Quibus ſic conſtitutis, ſolo reſta vna dificultad, que es ſaber ſi Don Diego pudo hazer compromiſſo; porque parece que ſi ſe ajuſtaſſe que el ſuſodicho no lo pudo hazer, o por razon de incapacidad ſuya, o de la coſa ſobre que ſe hizo, fuera lo miſmo que ſi no ſe huuiera hecho compromiſſo: argumento legis quoties. ff. qui ſatis dare cogantur. l. non dubiū, verſiculo, *Nullum enim factum*. C. de legibus.

23 Y que el ſuſodicho es habil y capaz para hazer tranſaccion y compromiſſos, no admite duda ex ijs quæ notat Parladorus lib. 2. rerum quotid. c. fin. 1. p. §. 2. ampero que la coſa ſobre que ſe hizo fueſſe de tal naturaleza que lo permitieſſe, parece que la tiene muy grande: nam in rebus alienare prohibitis neque compromitti, neque tranſigi poſſe plus quàm manifeſtum eſt, como doctiſsimamente lo refuelue Pinelo in l. 1. C. de bonis maternis, 3. p. ex n. 44. Peregrinus de fideicommiſsis art. 54. n. 75. & n. 87. l. non ſolùm. C. de prædijs minorum, cap. cum tempore de arbitr. Y como las coſas de Mayorazgo ex vi & natura primogeniorum alienari nullo pacto queant, vt eleganter docet Molina de Hiſpaniorum primogenijs lib. 4. cap. 1. n. 2. non immeritò quis dixerit tranſigi, neque

quē compromitti(quod idem est quoad hunc effectum. Idem Molina dict. lib. 4. cap. 9. ex. n. 1.) super eis posse, y assi lo lleua el dicho Molina vbi proxime ex. n. 8. Mieres. 4. p. q. 22. per totam. Gama decis. 151. & ibi Additionator, Menoch. consil. 599. n. 3. lib. 6. idem cons. 442. ex. n. 28. lib. 5. & alij quamplures relati à supra citatis, & eius Additionatoribus, quos longū fuisset recensere. Y la razon es euidente: transactio enim est species alienationis, argumento textus in l. 1. §. at si transegerit. ff. ne quidem in fraudem patroni, Tiraquel. de leg. cōnub. glos. 5. n. 205. & ab eo relati Bartolus, & in Baldus, probatur in. d. l. non solùm. C. de prædijs minorum, docet Mieres. d. q. 22. n. 2. Peregrinus de fideicommissis art. 54. nu. 87. Pinelus vbi sup. Y assi es legitima consequencia, que el que no puede enagenar, no puede hazer transactiones y compromissos.

24 Ademas de que el posseedor del Mayorazgo no puede perjudicar a los successores ex actu voluntario, vt tenet Molina. d. lib. 4. cap. 9. n. 10. allegans textum in leg. peto 69. §. fratre. ff. de legat. 2. y el compromisso es doctrina del texto in. l. si dictum. §. si compromissero. ff. de euictionibus, que lo es. Luego es cosa llana que Don Diego no pudo hazerle sobre la adjudicacion de las rentas del Mayorazgo, y consequentemente q̄ el que hizo fue nulo, y contra derecho, y assi podrà el mismo impugnarle y contradezirle. Y la razon es elegante, porque la enagenacion nula, como hemos fundado que lo es la de la cosa de Mayorazgo, el mismo enagenador y su heredero la puedē reuocar, vt probatur in. l. quemadmodum. C. de agricolis & censitis, lib. 11. ibi: *Nihilominus venditori ad repetendos seruos cum agnatione eorum vindicatione concessa, etsi aliqua deniq; ex causa dissimulauerit, legis vsurpare beneficiū, atq; iste sub hac taciturnitate decesserit, & hæredibus eius, & contra hæredes emptoris vindicationem damus longi temporis præscriptione submota, &c.* lege iubemus. §. sanè. C. de sacrosanctis Ecclesijs, ibi: *Prædia autē, & in ijs omnibus constituta ab ipsis Clericis temporalibus œconomijs cum fructibus seu pē sionibus, vel accessionibus totius medij temporis vindicentur.* Tenet Afflictis decis. 335. n. 11. Flores de Mena in additionibus ad Gamam decis. 67. & alij quāplures relati à Molina de Hispanorum primog. lib. 4. cap. 1. n. 19. Y assi aunque Don Diego, mediante el compromisso, huuiesse enagenado bienes de el Mayorazgo, el mismo podrà reuocar la enagenacion, sin q̄ le obste el compromisso.

Esto

25 Esto es quanto se puede ponderar el derecho y accion que D. Diego de Olloqui tiene, para introduzir la pretēsion de q̄ se le quite el Iuro del Tabaco del Mayorazgo y Vinculo que possee, y se subrogue en su lugar otro, ò otros q̄ tengā la misma renta, y la calidad q̄ deben tener. Quibus nō obstantibus pro constanti tenēdum est, que el compromisso valiò y debe tener efecto, y que por lo menos le perjudica a el susodicho de tal modo, q̄ no tiene derecho, ni razon alguna para impugnarlo, ni las que se han ponderado en este discurso se pueden ajustar a el caso presente; porque aunque es verdad que sobre bienes y haziēda de Mayorazgo no puede auer compromisso, ex eo nam compromissum est species alienationis, vt præcedenti num. probavi; tamen in nostro casu cessat prædicta ratio; y siendo assi q̄ es la potissima y fundamental, debe cessar la disposicion y derecho, leg. in omni. ff. de adoptionibus, leg. quod dictū, ff. de pactis, cum vulgatis: & quod prędicta ratio cesset in præsenti plusquam manifestum est; porque el compromisso que hizieron Don Diego, Don Lope, y Don Francisco, no fue especie de enagenacion, ni la pudo induzir, antes fue para adjudicar la renta a el Vinculo, y declarar lo que le pertenecia, que cō el legado de D. Vrsula se avia alterado, respecto de los Iuros que se auiā de sacar de los adjudicados por Lope de Olloqui su marido, y assi no se puede dezir que del compromisso se pudo induzir enagenacion, antes tuuo mucha vtilidad respecto de los pleytos que evitò. Y todas las vezes que de la transaccion no se sigue dar alguna cosa, o transferir algun derecho, no se puede llamar enagenacion, vt probatur ex doctrina Baldi cons. 415. n. 3. volum. 1. Facit etiam ad hoc quod licèt prełatus non possit transigere, neque compromittere absque capituli consensu, con todo esso si de la cosa sobre que se compremete, ò haze transacciō, no està plenamente adquirido el dominio, o possession a su Iglesia, valdrâ la transaccion que sobre ella hiziere, vt elegāter docet Menoch. cons. 73. num. 8. plures ab eo relati, & à Mieres dicta. 4. p. q. 22. n. 8. Y porque las palabras de Menochio son tan ajustadas a la doctrina que se ha assentado, no quise escusar el ponerlas, ibi: *Quo fit vt transigi super ea causa â sola ipsa Abbatissa potuerit, siquidem vera est Doctorum sentētia: Prælatum sine capituli cōsensu posse transigere super rebus quarū dominium,*

vel possessio non est plenè, ac perfectè suæ Ecclesiæ acquisitum, atque vt dici solet incorporatum. Luego es evidente, que en nuestro caso adonde no estaua adquirida la possessiō ni dominio de ningun Iuro, respeto de no estar declarados los que pertenecian a el Vinculo, pudo D. Diego hazer compromisso, pues de el no se podia seguir enagenaciō de cosa del Mayorazgo, siēdo assi, que aun no se auia liquidado lo que le pertenecia, y solo auia adquirido dominio pleno del Priuilegio de las Aguas ardientes con auer admitido el legado que se hizo de ellas, de que se siguiò auer de ser pieça señalada en dicho Vinculo y Mayorazgo, y ser preciso que mediante la possessió judicial que se tomò del Vinculo, se adquiriesse especialmente la de este Priuilegio, y no de los demas, hasta liquidarse los que pertenecian: Possessio namq; non cadit super re incerta, vt docet Paulus in leg. posideri. §. incertam. ff. de adquirenda possessione, ibi: *Incertam partem rei possidere nemo potest*, y cosa incierta es aquella, vbi non apparet quid, quale, quantumq; est, text. in leg. stipulationū. 74. cum leg. vbi autem sequēti, ff. de verb. oblig. y assi no constando quales eran los Iuros q̃ pertenecian a el Vinculo, mal podremos dezir que tenia D. Diego adquirida la possession de ellos.

26 Vlterius, de que aunque tuuiesse Don Diego adquirida la possession y dominio, no es tan absoluta la doctrina de que no se puede cōprometer sobre cosa prohibida de enagenar, que no se pueda limitar en el caso presente, por la sinceridad y buena fe con que se hizo el compromisso, la qual obra que valga la transaccion hecha por el vassallo en la cosa feudal sin consentimiento del señor: ita habetur in cap. vnico de cōtrouersia inter vassallum, & alium in vsibus feudorum, ibi: *Et si pro eo, aut contra eum iudicatum fuerit, vel cum aduersario transegerit dummodo fraudulenter actum non sit, etiam si post beneficiū domino aperiatur, tale erit, ac si eo causam agente iudicatum fuisset*, cap. si vassallus, de beneficio suo, si de feudo defuncti contentio sit inter dominū & agnatos vassalli, cuius hęc sunt verba: *Si vassalus de beneficio suo agat, vel conueniatur, siuè obtineat, siuè non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit iudicium, nam & trāsigere rectè poterit, nec quod accepit transactionis nomine feudum erit*: Ergo in nostro casu vbi abfuit dolus, & fraus in cōpromisso, antes se hizo con buena fe, y por euitar pleytos y contiendas, se ha de dezir que pudo hazerse, y valiô conforme a derecho,

princi-

principalmente valiendo el argumẽto de feudo a Mayorazgo, vt docet Ant. Gomez in leg. 40. Tauri, num. 77. Pinellus de bonis mat. 3. p. num. 99. Parlad. 3. p. differentia. 19. nu. 11. & alij quos recenset Molina de primog. lib. 1. cap. 7. num 1. & Castillo lib. 5. quotid. controuers. cap. 141. n. 12. y comunmente lo llevan todos, y en nuestro caso no admite duda alguna por ser vna misma la razon, Parlad. vbi supra.

27 Y aunque concediessemos que el compromisso huuiesse sido nulo por ser cõtra la disposicion de derecho, tamen nullus daretur regressus aduersus eum, y a lo summo si huuiesse alguna accion les competiria a los sucessores de Don Diego en el dicho Mayorazgo, por no poder el susodicho perjudicarles, vt docet Molin. de Hisp primog. lib. 1. cap. 22. in principio, & lib. 4. dicto cap. 9. num. 10. latè Mier. 4. p. quæst. 15. per totam: empero el susodicho està excluydo por derecho de toda accion y recurso. Lo primero, porq̃ no puede venir contra su hecho, Vlpianus in leg. post mortem. ff. de adoptionibus, ibi: *Aduersus factum suum quasi non iure eam, nec præsentibus testibus emancipasset, pater mouere controuersiam prohibetur*, textus in leg. per fundum, vbi glos. verbo, *Non potest*. ff. de seruitutibus rusticorum, asserens non posse quem venire contra factum propriũ, licèt de iure non teneat: confirmatur ex leg. vẽditor, & ibi glos. verb. *Succedentiũ*. ff. communia prædiorum, leg. si creditoribus. C. de seruo pignori dato manumisso, text. in leg. cum profitearis. C. de reuocandis donationibus.

28 Lo otro, porque aunque viniesse le debia obstar el compromisso por ser doctrina assentada, que aunque no se pueda comprometer ni transigir super re maioratus, con todo esso si el posseedor de el lo hiziere, obstale y perjudicale el compromisso, o transacciõ: y el auer assentado por doctrina llana non valere compromissum, neq; transactionem super rebus maioratus, entiendese respeto de los sucessores, y no del posseedor que le hizo, vt expresßis verbis docet Ant. Gomez in leg. 40. Tauri, num. 86. Mier. de maioratibus. 4. p. quęst. 22. num. 11. ibi: *Nam licet valeat transactio ex parte illius qui remansit cum proprietate bonorum maioratus, & in præiudicium ipsius transigẽtis, &c.* Rolando à Valle, cons. 100. num. 110 lib 4. ibi: *Quia vassallus licet posßit transigere quantum ad sui præiudicium.* Et iterũ subdit. *Quod renuntiatio facta de feudo, licèt præiudicet renuntianti,*

tamen

tamen non erit nociua filijs, & agnatis. De modo que a el siempre le debe obstar su hecho, vt supra probauimus, y solo los sucessores tendràn accion para revocar la enagenacion luego que se huviere hecho, vt docent Ant. Gomez, Mier. & supra relati Molina de primg. lib. 4. cap. 1. num. 19. & 20. Adonde responde a el argumento que queda hecho, de que el acto nulo se puede revocar por el mismo q̃ lo celebrô, y lo exemplifica en la cosa enagenada contra la prohibicion expressa, lo qual en el numero. 21. dize q̃ se ha de entender solo quãdo no ay ninguno que pueda revocar la enagenacion de la cosa; pero aviendole, como en el caso de Mayorazgos, los sucessores inmediatos, entonces a ellos solos competirà este derecho, sin que le pueda vsurpar el posseedor que hizo la enagenacion, ni sus herederos, por la ley cum â matre: y por ser las palabras y el lugar en terminos, iràn aqui referidas, ibi: *Nam hæc omnia intelligenda sunt quando nullus alius est, qui valeat alienationem nulliter factam renocare, sed solùm ille in cuius fauorem alienatio prohibita fuit, vel eius hæres, secus tamen quando alienatio etiam fauore aliorum prohibita fuit, & supersunt alij qui illam reuocare possint, tunc namq; is qui alienauit, vel eius hæredes illam nõ reuocabunt, sed vlteriores qui neque alienarunt, neque alienationi consenserunt, nec etiam fuerunt hæredes alienantis.*

29 Y aunque es verdad que bastava mucho menos de lo que se ha dicho, para q̃ se conociesse quan fuera de proposito es la pretension de D. Diego, no se puede dexar de ponderar, que ademas de la firmeza que se presume siempre en las transacciones y compromissos (idem enim sunt cùm cõpromissum sit quædam trãsactio, vt docet & probat Molina dicto lib. 4. cap. 9. nu. 1.) por la autoridad que les dà el derecho, respeto del fin para que se introduxeron, que fue el evitar pleytos, leg. fratris. C. de transact. Peregrin. de fideicomm. artic. 54. nu. 88. en este huvo vna circunstancia mas de las que suelen concurrir en otros compromissos y transacciones, la qual conduze tanto para su firmeza, que solo ella bastaua (quãdo faltassen otras razones) para que no se pudiesse introduzir accion ninguna conque desvanecerle. Esta circunstancia es el averse hecho el compromisso entre los parientes y sucessores, que precisamente han de ser del Mayorazgo, y en este caso es doctrina llana que vale la transaccion, y perjudica a todos

todos los que la hizieron, como doctissimamẽte lo advierte y enseña Mier. 4. p. queſt. 22. num. 60. ibi: *Tertio valet trrnſactio ſuper bonis maioratus facta inter ipſos conſanguineos, & vocatos ad ſucceſsionem in bonis maioratus, quia in iſto caſu ceſſant omnes rationes, quæ tranſactionem in bonis maioratus impediunt, &c.*

30 Ex quibus apertè patet, que no ay accion alguna para pretender que no ſe adjudique a el Vinculo el Iuro del Tabaco, pues aſsi por ſer D. Diego heredero del fundador del Mayorazgo, q̃ fue quien le adjudicò, como por la eleccion q̃ tuuieron Don Lope y Don Franciſco para ſacar los que quiſieſſen en lugar del Privilegio de las Aguas ardientes, que legò y adjudicò a el dicho Mayorazgo Doña Vrſula ſu madre con eſſa calidad: y por la fuerça y autoridad del compromiſſo ſe halla excluydo de acciõ y recurſo para eſta pretenſiõ, como queda baſtantemente fundado.

31 Vlteriùs, de que aun caſo negado que ceſſàra todo lo que ſe ha dicho, pretende injuſtamente D. Diego que ſe le quite del Mayorazgo eſte Iuro, por ſer llano que concurren en el las calidades neceſſarias para que pudieſſe Lope de Olloqui adjudicarle, como conſta de la certificacion que va aqui inſerta de Pedro Morua Contador de la renta del Tabaco, quæ ſic ſe habet. *Certifico yo Pedro de Morua, a cuyo cargo eſtà el deſpacho de cartas de pago de los Iuros ſituados en las rentas del medio por ciento, Tabaco y Cochinilla que Lope de Olloqui tiene, vno ſituado en la dicha renta del Tabaco por Priuilegio a ſu nombre, de quantia de trecietas y treinta y nueue mil nouecientos y quarenta y tres marauedis en la ſegunda finca, deſpues de dos quentos dozientas y cinquenta mil marauedis, que eſtan ſituados en la primera: Y en la ſegunda finca, en que eſtà ſituado el dicho Iuro, ày otros dos quentos dozientos y cinquenta mil marauedis, y deſpues dellos en otras fincas mas modernas: y todos los Iuros ſituados en la dicha renta montan diez y ſeis quentos quatrociẽtas veinte y quatro mil ochocientos y ſeſenta y ſeis marauedis, y eſtuuo arrendada deſde el año de treinta y ocho haſta el de ſeiſcientos y quarenta y tres a Iuan del Valle, y Iuan de Eſcobar en precio de treze quentos quatrociẽtas veinte y ocho mil dozientos y veinte y tres marauedis. Y para deſde el año de ſeiſcientos y quarenta y quatro, la tuuo arrendada Diego Nuñez Franco en ſeis quentos y trecientas mil marauedis, que en ambos arrendamientos tuuo cabimiento el dicho Iuro: y de los reditos de el parece por los libros del deſpacho de cartas de pago de los Iuros ſituados en la*

dicha renta del Tabaco, auerſe deſpachado a la parte del dicho Lope de Olloqui las cantidades ſiguientes.

El año de ſeiſcientos y treinta y ocho, ciento y cinquenta y cinco mil ſetecientos y nouenta y ocho marauedis.

El de ſeiſcientos y treinta y nueue, ciento y ſeſenta y nueue mil noue- cientos y ſeſenta y vno.

El de ſeiſcientos y quarenta y tres, quarenta y dos mil trecientos y cinquenta y cinco marauedis.

Y lo que ſe ha dexado de deſpachar haſta el año de ſeiſcientos y quarẽ- ta y cinco, ſe ha de cobrar de las fianças que dieron los arrendadores para ſeguridad de la dicha renta. Y para que conſte donde conuenga, doy eſta en Seuilla en diez y ſeis de Iulio de ſeiſcientos y quarenta y ſiete. Pedro de Morùa.

32 Y aſsi parece q̃ cumpliò baſtantemente Lope de Olloqui con ſu obligacion adjudicando a el Vinculo eſte Iuro, pues la q̃ tenia, como cõſta de la eſcritura de capitulaciones, ſolo fue de adjudicar Iuros q̃ no excedieſſen de la mitad de la finca, y eſte eſtà antes con algunos quentos: y al tiẽpo q̃ ſe adjudicò, y años deſpues eſtuuo arrendada la renta, y tuuo cabimiento en el precio del arrendamiento: y el no auer cobrado ha ſido omiſsion y deſcuydo, pues ſi ſe huuierã hecho las diligẽcias fuera preciſo auer cobrado. Y quando oy huuieſſe venido à tal menoſcabo la dicha renta del Tabaco, que no tuuieſſe cabimiento eſte Iuro, es coſa iniqua pretender, que Don Lope y Don Franciſco ayan de conſentir que ſe ſubrogue en ſu lugar otro, ò otros de mejor calidad de los q̃ ay en la hazienda, ſupueſto que al tiempo que ſe hizo la adjudicacion no ſe pudo alegar coſa alguna cõtra ella, ni Don Alberto de Olloqui primero poſſeedor del Vinculo, y en quien concurrian mas razones, no reclamò, ni tuuo que alegar contra ella, por eſtar hecha con la juſtificacion que ſe debio.

Tercera Pretenſion.

33 ESTA es la pretenſion de mas importancia que ha repreſentado Don Diego de Olloqui; y porque conſiſte en punto de derecho, ſe referiràn todos los fundamẽtos que ay por vna y otra parte, y ſe ſatisfarà a los que hazen por la de D. Diego, que ſon los ſiguientes.

Lo

Lo primero, que estos gastos que se hazen para conseguir Beneficios, ò Prebendas Eclesiasticas, son de la mesma naturaleza que las Prebendas, ô Beneficios: y siendo cierto que estos son y se reputan por peculio quasi castrense, no deben traerse a colacion, supuesto que el peculio castrense, & quasi ex natura sua non debet conferri, vt docet Consultus in leg. 1. §. nec castrẽse. ff. de collatione bonorum. l. 5 tit. 15. part. 6. Bart. in leg. dicta. 1. §. nec castrense, & ibi cõmuniter omnes Scribentes.

34 Lo otro, que aunque no fuesse cierto que los dichos gastos se conuirtiessen en peculio quasi castrense, eo ipso que Lope de Olloqui los hizo sin que pudiesse ser obligado, fue visto auer hecho donacion graciosa de ellos, iuxta doctrinam Papiniani in leg. donari. ff. de reg. iuris, vbi *donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*, y conforme a la disposicion de la ley 26. de Toro las donaciones que hazen los padres a los hijos, aunque no digan que los mejoran en aquella cantidad de que les hazen donacion, entiendese ser mejorados hasta la que cupiere en el tercio y remaniente del quinto; luego Don Diego de Olloqui no debe traer a colacion y particion los gastos hechos en sus Beneficios y Prebendas, sed debet eos habere præcipuos, & tantum ei imputabuntur in meliorationeterij & quinti, conforme a la disposicion de la dicha ley de Toro.

35 Sed his non obstantibus, defendendum est que los dichos gastos se han de traer a colacion y particion, y se le deben computar a Don Diego en quenta de su legitima. Primò, nam licèt sit verum, que el peculio quasi castrense, no debe traerse a particion, tamen diuersa est ratio inter ipsum peculium, & impensam factam ad consequendũ Beneficium, Episcopatum, seu Præbendam: y la opinion de Bartulo in dicta leg. 1. §. nec castrense. ff. de collatione bonorum, solo habla en los gastos hechos para conseguir oficio, ò dignidad, que ni tenga comodidad pecuniaria, ni se pueda transferir a los herederos, ni venderse como es la dignidad del Dotorado en q̃ pone el exẽplo: pero si la dignidad, ò el oficio tuuiesse qualquiera de estas tres cosas, entonces no ay duda en q̃ los gastos hechos para cõseguirla, se deben traer a colacion y particiõ: y assi como los que hizo Lope de Olloqui por su hijo Don Diego

Diego fueron para que consiguiesse la Canongia, y Benefi-
cios Eclesiasticos, los quales tienen tanta vtilidad, y commo-
didad pecuniaria, como el mismo refiere, y esta enagenable,
y transmissible a los herederos, no ay duda que debe traerlos
a colacion y particion, & in ijs ipsis terminis, lo lleva Ayora
dicta.4.p.q.18.

36 Ni se puede dezir q̃ estos gastos se cōvirtieron en peculio
quasi castrēse, pues no es de diferēte naturaleza q̃ ellos la do-
nacion que haze el padre al hijo, para que tenga patrimonio
a titulo de que ordenarse: quod quidem patrimonium non
potest alienari, ex dispositione Concilij Trident. sess.21.c.2.
de reformat. tenet Garcia, Menchaca, & alij relati à Ioanne
Gut. lib.2. practic. quæst.65. num.10. y con todo esso està obli
gado a conferirlo con los demas hermanos, si quisiere ser he-
redero del padre: ita tenet & docet Auend. responsó.17. n.5.
amplectens opinionem Couarr. in cap. Reinuncius. § 2. n.7.
Morquecho plures congerens, lib.4. de bonorum diuisione,
cap.13. num.9. Ayora.2.p.q.13. ex num.13. vsque ad.24. Gu-
tierr. lib.2. practic. d. q.65. Angulo de meliorationibus, om-
nino videndus, glos.3. legis.9. ex num.13. vsq; ad.25. Valasc.
plures allegans in sua praxi partitionum, & collat. cap.13.
num.77.

37 Suadetur maximè ex eo, que como la colacion se introdu-
xo para euitar la desigualdad entre los hijos, argumēto tex-
tus in leg. illud. § ad hæc, & eorum quæ notat glos. ibi, & in
Authentico ex testamento. C. de collationibus, docet Men-
chaca de successionum creatione, tom.3. lib.2. §.19. num.61.
Farinac. decis.69. in posthumis, tom.1. Surd. omnino viden-
dus, lib.2. consil.219. ex num.10. vsque ad.13. vbi asserit pro
inęqualitate vitāda, denegari etiam collationem ex vulgari
illo axiomate, quod contrariorum eadem est ratio; & ex
ratione ibi per eum assignata, que sequitur Lara de anniuers.
lib.1. cap.7. num.54. probat textus elegans in leg. vt liberis,
C. de collationibus: y esta es la razon potissima, vt advertit
Valasc. vbi sup. num.91. porque siempre se juzga q̃ fue igual
el amor que tuuo a todos: y es muy justo que el que quisiere
ser heredero de su padre, estè obligado a comunicar a sus her
manos lo que tenia recebido de el, y solamente les preferirà
en los frutos y rentas que huuiere percebido de aquello que
auia

auia recebido, que esso lo debe tener precipuo, lo qual procede con mas llaneza quando lo auia consumido, por la doctrina de la ley ita demum. C. de collat. porque en los frutos y rentas extátes se haze la distincion, verùm aliquid filio à parente donatũ sit nomine peculij profecticij, para que tratasse y contratasse: y en este caso, que es el de la ley .3. tit. 15. Part. 6. & vbi Gregor. glos. verb. *Mercaderias*, no solo està obligado a conferir lo que auia recebido del padre, sino tambiẽ las ganancias que hizo con ello: ita tenet Ant. Gom. in l. 29. Taur. num. 24. Parlador. plures cumulans, tom. 3. §. 2. num. 2. differentia. 150.

33 Facit præterea, que conforme a la doctrina de Greg. Lop. in l. 5. tit. 15. Part. 6. todas las vezes que resulta desigualdad grande entre los hijos por razon de lo que el padre auia dado a alguno de ellos, aunq̃ fuesse cosa del peculio quasi castrẽse lo debe conferir: la qual doctrina exemplifica en los libros que el padre auia dado a su hijo estudiante, ò Doctor, los quales aunque es cosa llana que se convierten y reputan por peculio quasi castrense, nihilominus si ex eorum datione resultaret inæqualitas magna inter filios, tenetur Scholaris, seu Doctor illos conferre, vt tenet Greg. & ab eo relati Angelus, & Decius, quos sequitur Matiẽço in leg. 3. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 2. num. 8. in fine. Luego à fortiori hemos de llevar en nuestro caso, que Don Diego està obligado a conferir los gastos hechos en Beneficios y Prebenda, pues ademas de no ser cierto que se convierten en peculio quasi castrẽse, vt doctissimè advertit Ayora dicta quæst. 18. secundę partis, reprehendiẽdo a Bartulo, y los demas que llevaron la opinion de que forciebátur naturam peculij quasi castrensis, la desigualdad tan grande que resultàra de no los conferir, per se patet, supuesto que son mas de veinte mil ducados los que gastò Lope de Olloqui en dichos Beneficios y Prebendas.

39 Ademas de que es doctrina assentada, que todo lo q̃ gasta el padre en alguna vtilidad del hijo, tiene obligacion a conferirlo, vt docet Valascus in praxi partitionũ, & collationum, cap. 13. num. 75. y no ay razon para que no aya el mesmo derecho en los gastos para que obtenga Beneficios y Prebẽdas Eclesiasticas, pues no son de menos vtilidad que los hechos

 en

en la cosa emphiteutica, quę perventura est ad filium, ò que la mejora que haze en el mayorazgo en que ha de suceder, y todo esto lo trae a colacion, & repetitur ab alijs filijs, vt docet Valascus vbi proximè: luego es preciso q̃ los gastos de quibus in nostro casu, los aya de traer Don Diego a colacion y particion, argumento textus in leg. quæ vtiliter. ff. de neg. gestis, en que se funda Valasco vbi supra, ibi: *Nono infertur impensas quas pater facit in expediendis Bullis pro filijs ad assecutionem Beneficij Ecclesiastici puta Canonicatus, seu Episcopatus, vel alias conferendas esse.* El qual prosigue la materia doctissimamēte hasta el numero 93. refutando las opiniones contrarias, idem sentit Ayora dicta quęstione .18.

40 Facit etiam illa quęstio luculenter perpensa & examinata per Gamam, adonde se disputa, si por ventura ha de ser obligado el hijo mayor a traer a particion y colaciō lo que gastò el padre en la expedicion de la Bula que ganô del Summó Pontifice concedida en su favor, y de todos los sucessores del Mayorazgo que possee, para q̃ se diuidiesse cierto Beneficio en dos, y entrambos los presentassen los posseedores del Mayorazgo? In qua quęstione indistintamente lleva (in decis. 308. nu. 15.) q̃ se le deben imputar al hijo primogenito en su legitima los dichos gastos, por ser inmediato sucessor del Mayorazgo: ergo â fortiori se ha de assentar por conclusion que se deben computar los hechos en la expedicion de las Bulas de los Beneficios y Prebēdas, supuesto son de vna mesma naturaleza: y si estos se convirtieran en peculio quasi castrense, tambien se avian de convertir los otros, siquidem ius patronatus est Ecclesiasticum, & spiritualibus annexum, vt latissimè docet Petrus Gregorius tomo. 1. sintagmatum, lib. 17. cap. 4. ex num. 1.

41 Fulcitur vlteriùs la opinion de Alvaro Valasco en vna razon muy natural, que es dezir, que si los gastos hechos para que el hijo obtuuiesse Beneficios y Prebendas Eclesiasticas no se huuiessen de traer a colacion, ex ratione supra assignata, scilicet, porque se convierten en peculio quasi castrense, quod quidem ex vi & natura sua non debet conferri, iuxta decisionem textus in dicta leg. 1. §. nec castrense. ff. de collat. bonorum, siguierase de aì vn absurdo grande, como fuera el

estar

estar en la disposicion y arbitrio del padre defraudar a los hijos en sus legitimas, consumiendo toda la hazienda en Beneficios y rentas Eclesiasticas, y otras Dignidades, para aquel a quien mas amor tuuiesse, siendoles debidas las legitimas por derecho natural, vt probatur ex vulgari textu in leg. scripto, ff. vnde liberi, probat textus in leg. nam etsi parentibus. ff. de inofficioso testamento, textus in leg. cum ratio. ff. de bonis damnat. cum similibus, y no se ha de abrir la puerta a malicias y engaños, vt docet Consultus in leg. in fundo. ff. de reivindicat. y assi no se puede defender la opinion que refiere Ayora dicta quæst. 18. nu. 4. de los que lleuan, quod impensa facta ad obtinendum Beneficium, Præbendam, seu Episcopatum conferri nequit, ex eo quod sortitur naturam ipsius Beneficij, quod quidem reputatur pro peculio quasi castrēse, nam eorum opinio refellitur ex fundamentis supra relatis, & quos refert Ayora, & Valascus vbi supra: con que està bastantemente satisfecho a el primer fundamento que se puso por la parte de Don Diego.

42 Resta aora ver, si el segundo tiene mas fuerça, que es en el que principalmente la pone el dicho Don Diego, ibi: *Por quanto el dicho mi padre no me hizo cargo de ello, ni consta por instrumento publico, ni quenta que en sus libros tuuiesse, por lo qual parece me hizo gracia de ello, &c.* Y para que con mas claridad se aduierta la poca justicia q̃ tiene, se fundaràn en este Articulo dos puntos. El primero, que Lope de Olloqui no hizo gracia y donacion a Don Diego de estos gastos. El segundo, que aunque la huuiera hecho, los debia y debe traer a colaciō y particiō; que qualquiera de estos dos puntos, fundados en derecho, le cierran totalmente la puerta, y excluyen desta pretension.

Primero Punto.

43 LOpe de Olloqui no hizo gracia ni donacion a D. Diego de los gastos que hizo con el susodicho para que obtuviesse los Beneficios y Prebenda. Probatur primò, porq̃ Don Diego no muestra instrumento alguno por donde cōste de la donacion, ni le ay, y solo la funda en vna conjetura, que es dezir, q̃ si no la huuiera hecho de estos gastos huuiera mēcionadolos, poniēdolos a quēta de su legitima en el testamē-

to, ò en otra qualquiera disposicion, quæ coniectura omnino repugnat iuris dispositioni: porque como la donacion es vn acto tan perjudicial, vt nõ immeritô dicat Vlpianus, donare idem esse ac perdere, textus in leg. filiusfamilias. 7. ff. de donationibus, leg. contra iuris. 28. §. si filius. ff. de pactis, Mascardus de probationibus, conclus. 555. num. 3. nunca se presume, Mascard. d. concl. 555. num. 1. cum alijs sequentibus, Casanate cons. 45. ex num. 95. Surdus de alimentis, tit. 6. quæst. 5. num. 7. Sese decis. 182. num. 6. & 9. vbi asserit: *Solam sanguinis coniunctionem quantamcumque sit non sufficere ad inducendam donationem*, Bursat. tom. 2. cons. 240. num. 19. Menoch. lib. 2. de arbitrarijs, centuria. 1. casu. 88. per totam, cum infinitis relatis ab ijs, & â Barbosa in suis locis commun. litera. D. concl. 63. Lo qual procede con tanto rigor, q̃ en caso de duda, antes se debe presumir error que donacion, Menoch. vbi sup. n. 3. idem Menoch. cons. 1. num. 215. vbi etiam subiungit: *Fatuitatem potiùs quâm donationem præsumendam*; y antes se debe presumir el acto invalido que donació, Bursatus vbi proximè, ibi: *Imo potiùs præsumitur actus inualidus, quàm donatio, vel remissio*, Graueta ab eo relatus, cons. 142. n. 26.

44 Y en los mesmos terminos de gastos hechos por vno de los hijos, adonde assiste la conjetura de piedad por la conjuncion de parentesco, la opinion que mas los favorece es la de Corneo, Paulo de Castro, y otros que refiere Graueta en el consejo. 86. num. 3. que llevan que siendo los gastos moderados, se presume que los hizo con animo de donar; pero no siendo muy moderados, non potest sumi similis coniectura: & ita tenent omnes supra relati, & idem Graueta, ibi: *Imo etiam ascendens non censetur expendere pro descendente animo donandi, quando ad talem expensam non tenetur*.

45 Y assi aun valiendose Don Diego de algun acto que induxesse la donacion, antes se debia presumir que el acto no auia consistido, y que auia sido invalido, que no que la donacion era firme, por la repugnancia q̃ haze al derecho la presumpcion de que nadie haze donaciones; luego à fortiori se ha de presumir mucho menos en el caso presente, adonde no ay acto alguno en que se funde, auiendo sido tan excessivos los gastos: y solo se vale Don Diego de vna conjetura tan remota, como es dezir, que pues no le hizo expressamente cargo

de

de ellos para q̃ se descontassen de la legitima, fue visto auerle hecho gracia y donacion, & ex consequenti, mejoradole en dichos gastos, por la regla de la ley. 26. de Toro; quæ hodie est leg. 10. tit. 6. Compil. qua cabetur: *Que si el padre, ò la madre hizieren alguna donacion a alguno de sus hijos y descendientes, que aunq̃ no digan que lo mejorã en el tercio y quinto de sus bienes, sea visto auerle mejorado, y que la dicha donacion se quente en el tercio y quinto hasta en lo que cupiere:* nam si dictæ legis verba attentè perpendãtur, & considerentur, no solo no fundan el intento de Don Diego, sino q̃ totalmẽte le excluyẽ, ibi enim loquitur Legislator de vera & cõstante donatione, nõ de præsumpta, & cõiecturata, aut dubia: y de las mismas palabras se colige cõ bastãte claridad qual se dirà verdadera donacion para este efecto, ibi: *Si el padre, o la madre en testamento, ò en otra qualquier vltima voluntad, ò por otro algun contrato entre viuos fizieren alguna donacion, &c.* De suerte que no se puede llamar donacion la que no constare por vltima voluntad, ò contrato entre viuos, sin que aya lugar para poderla presumir, ò conjeturar de otro algun acto.

46 Y es preciso que el padre vse de la palabra, *dono*, quando entrega la cosa, para que se entienda hizo donacion de ella, aliter enim non videbitur donare: aliud enim est donare, & aliud simpliciter tradere, vt ex opinione Couarr. in cap. Reinaldus. §. 2. num. 6. vers. *Præfata verò conclusio*, & Tell. Fernandez in leg. 25. Tauri, num. 1. & aliorum ab ijs relati docet Parlad. lib. 3. quotidian. different. 130. §. 2. num. 1. Menoch. de arbit. lib. 2. cent. 1. casu. 88. num. 5. vbi hæc verba subdit: *Illud accedit, de mente donantis ita certum esse debere, vt etiam si pater aliquid filio daret, potiùs cõmittere quàm donare crederetur, &c.* Maciẽ ço in leg. 10. tit. 6. lib. 5. Comp. glos. 1. n. 2. Azebedo ibidem n. 2. & 3. qui infinitos congerunt.

47 Ni obsta el texto in leg. donari. ff. de reg. iuris, dõde parece que se prueba que todas las vezes que se dà ò cõcede aquello que no avia obligacion de dar por ningun derecho (natural ni civil) vt advertit ibi glos. es visto auer hecho donacion. Ex quo colligitur, que Lope de Olloqui, qui nullo iuris vinculo adstringebatur ad faciendas similes expensas, fue visto auer hecho donacion graciosa. Nam breviter respondendum est, que aquella palabra, *videtur*, de que vsa Papiniano en la especie de aquel texto, nõ importat necessitatem, y assi se puede

 dezir

dezir que no todas las vezes que se dà ò concede lo q̃ no avia obligacion, es visto auer hecho donacion, porque para que se pueda induzir es menester animo determinado, y palabras que le manifiesten, y concurriendo estas cosas consistirà la donaciõ, vt supra probavimus: aliàs enim nullo modo poterit dici donatio, aunque el acto de conceder lo que no ay obligacion, lo parezca, verbũ enim, *videtur*, vt dixi, non importat necessitatem, & impropietatem denotat, textus in leg. naturaliter, & ibi glos. ff. de acquirenda vel omittenda possessione. Conque queda bastantissimamẽte probado que Don Diego de Olloqui no puede pretender que su padre le hizo donacion de los gastos de Beneficios y Prebenda, y que por esta razon no los debe traer a colacion y particion, supuesto que ni la tal donacion se prueba por instrumento alguno, ni se puede induzir de conjeturas.

Segundo Punto.

48 CAso negado que Lope de Olloqui huviesse hecho donacion a su hijo Don Diego de los gastos que hizo en las Bulas, y casaciones de pẽsiones de Beneficios y Preñda, està obligado el susodicho a traerlos a colacion y particion con los demas hermanos.

49 Aunq̃ a mi entender no es este el punto mas dificultoso, es sin duda el que tiene mas q̃ discurrir por la variedad de opiniones que ay en el, sin embargo que se procurarà ceñir de modo que se manifieste la verdad de la proposicion sin causar enfado por lo dilatado del discurso. In primis igitur pro verissima cõclusione tenẽdum est, que el hijo està obligado a cõferir cõ los demas hermanos la donaciõ q̃ le hizo el padre: ita indistinctè probat textus expressus in leg. si donatione. C. de collat. ibi: *Nam si is (id est fundus, de quo loquitur in prima textus parte) filiæ familiæ constitutæ tibi à patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum, præcipuũ habere contra iura postulas*, textus in Authent. ex testamento. C. eodem, vbi disponitur: *Quod ex testamento, & abintestato cessat dotis, & aliorum datorum collatio si parens illud præceperit*: luego sino lo ordenò assi, no cessarà, y estarân obligados los hijos a conferir las dotes, y otras qualesquiera donaciones, como se prueba de la generalidad de

aque-

aquellas palabras, ibi: *Aliorum datorum*. Meliùs omnibus de iure nostro Regio, probat textus in leg. 29. Tauri, quę hodie est leg. 3. tit. 8. lib. 5. Recopil. cuyas palabras por hablar tan individualmẽte en el punto, me pareciô conveniente poner aqui: *Quando algun hijo o hija viniere a heredar, ò partir los bienes de su padre, ò de su madre, ò de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos a traer a colacion y particion la dote, y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que huuieren recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar*. Consonat de iure Portugaliæ textus in §. 1. tit. 77. lib. 4. ordinamenti: y aunque es verdad, que estan tan expressas las palabras de estos textos, son tantas las distinciones, ampliaciones, y limitaciones que hazen comunmente los Autores, que los vienen a confundir, de suerte, que es impossible determinar qual sea la sentencia, ò decision del Legislador, porque ni quieren que sea la que se ajusta con el sentido literal de las palabras, ni la que intentan que sea se puede sustentar por los fundamentos tan cortos y debiles q̃ tiene en el derecho, vt ex subiectis apparebit: y porque no parezca que me aparto de mi instituto en la brevedad del discurso, consultò omito la variedad de opiniones que ay en el derecho comun en esta question, a que dà motivo la sentencia de Paulo in leg. 1. §. 1. ff. pro donato, y la decision de los Emperadores in dicto Authentico ex testamento, & in dicta leg. si donatione, & in leg. vt liberis, & leg. illud. §. ad hæc. C. de collationibus, & Consultus in leg. filię. 18. ff. familiæ erciscundæ, cum similibus, por ser mas propria de las Escuelas, & in eis versantibus consulendus est Hugo Donellus lib. 9. comment. cap. 5.

50 No estan tan varios los Practicos, porq̃ segun el sentir de los mas, ita quæstio distinguitur, scilicet, quod aut pater filio simpliciter donat, y entonces no tendrà obligacion a conferir con los demas hermanos la donacion, sino que la tendrà precipua hasta en lo que cupiere en el tercio y remaniente del quinto de los bienes del padre, iuxta decisionem textus in dicta leg. 26. Tauri, la qual habla y se entiende su disposicion en las donaciones simples: con que se saca por conclusion, que las donaciones simples non conferuntur, aut ob aliquam causam donat, y entonces està obligado precisamente el hijo a conferir la donacion si quiere ser heredero de su pa-

dre, y en este caso dispone la ley.29. de Toro que se ayan de conferir las donaciones, como se ve en las que pone por exẽplo, ibi: *Sean obligados à traer à colacion la dote y donacion propter nuptias*: las quales son donaciones ob causam, & illa dictio quæ subinfertur ibi: *En las otras donaciones*, entiendese de las semejantes a las puestas por exemplo; verbum enim aliud est repetitiuũ similiũ, vt probatur ex gl. in .l. si fugitiui. C. de servis fugitiuis, verb. *Alia*, y en esta glossa se fundã todos los que llevan esta opiniõ, y assi se saca otra conclusion, scilicet, que las donaciones ob causam se deben traer a colacion y particion.

51 Estas dos conclusiones, que comunmente assiẽtan omnes Taurinistæ in leg. 26. & 29. Azebedo, & Matienço in dicta leg. 10. tit. 6. lib. 5. Compilat. & in dicta leg. 3. tit. 9. eiusdem libri, Angulo de meliorationibus in dicta leg. 10. vbi difussè, & eruditè materiam tractat in quinque glosis, & præcipuè in glos. 3. ex num. 4. Couarr. in cap Rainaldus. § 2. num. 6. & .8. Ayora. 2. p. n. 6. quæst. 3. & quæst. 13. num. 4. cum alijs sequẽtibus, vbi infinitos adducit Parlad. 3. parte, differentia. 150. per omnes .§§. se vnivocan con las opiniones del derecho comun, segun la de los mas Doctores antiguos y modernos in iuribus supra relatis, aunque la limitan en muchos casos para interpretar la contrariedad de los textos.

52 Restat nunc inquirere, vtrum en caso que Lope de Olloqui huuiesse hecho donacion a Don Diego su hijo de los gastos de Beneficios y Prebenda, esta donacion aya de ser simple, aut ob causam, que con esso quedarà claro si los debe conferir: pues si a caso se fundasse que fue donacion ob causam la que se pretende, no ay Autor Práctico ni Teorico q̃ no lleve que se ha de traer a particion y colacion, aunque en la donacion simple, variè se habeant.

53 Y para que se conozca à que especie de estas se inclina la donacion que en este Articulo vamos suponiendo que hizo Lope de Olloqui, necessario perquirendum erit, que sea donacion simple, & quę dicatur ob causam, & quidem illa dicitur donatio simplex, *quæ ex mera liberalitate proficiscitur*, quę propriè est donatio, de qua in leg. 1. ff. de donat. & in leg. donari, ff. de reg. iuris, absque eo quod fiat alia causa, vel ratione quã vt donator liberalitatem, & magnificentiam exerceat, vt docet

docet Tellus Fernandez in l.26 & 29. Tauri, num.4. Parlad. dicta differentia.150. 3. part.

54 Acerca de la explicacion de la donacion ob causam estan muy varios los Interpretes, porque muchos llevan q aquella es propriamente donacion ob causam, que respicit favorem donantis, vt docet Aimon Craveta cons.85.num.2. ibi: *Donatio ob causam tunc dicitur quando causa respicit fauorem donantis*, idem Craueta cons.136.num.2.& cons.301.n.1.& alij quam plures relati à Tello Fernandez in dicta leg.26. Tauri, nu.4. el qual advierte, que los que llevaron esta opinion hablaron de la donació ob causam extra terminos collationis, porque no se ajusta a ellos esta explicacion.

55 Otros llevan que no es sino aquella ad quam faciendam poterat pater compelli, vt advertit Gratian.tomo.1.discept. 159.num.34.& asserit Paulus in leg. vt liberis, n.10. C.de collationibus, Covarr. dicto cap Reinaldus. §.2.nu. 7. & relati à Tello Fernád. vbi proximè, & à Ioan. Gutierr. lib.2. practic. quæstionum, quæst 65.n.2.

56 Pero la opinion mas verdadera es la de los que juzgã que no es preciso que la causa sea absolutamẽte necessaria, para que la donacion se pueda dezir ob causam, y que basta que proceda de necesidad causatiua, verbi gratia, quando donatur, vt filius militiam, seu aliud officium, vel dignitatem obtineat, velut sacros Ordines suscipiat, lo qual no consiguiera aut difficiliter adipisceretur, absque eo quod pater ei donaret: y esta causa que procede de la necesidad del hijo es suficiente para que la donacion se pueda dezir ob causam, & ita elegãter docet Gutier. lib.2. pract. quæst 65. n.6. ibi: *Nam primò respondeo non esse necessarium, vt ex necessitate præcisa à patre proficiscatur donatio ob causam, vt in legitimam imputanda sit, nam imputatur etiam si datio ob causam ex necessitate tantùm causatiua procedat, vt probat dictus. §. imputari, vbi quod pater filio ad militiam, vel officium emendum subministrauit, nullo iure cogebatur præcisè dare, sed necessitate tantùm causatiua ad id impellebatur, quia aliter filius non posset, vel non sic facilè eam militiam, vel officium adipisci, sicut nec filius ad sacerdotium promoueri nisi à patre dotaretur illo patrimonio ad sacros ordines suscipiendos.* Plures huius opinionis congerens Parlad. dicta differentia.150. nu.4. &. §. 3. eiusdem differentiæ, num.2.

57 Y no se puede dezir que no es propriamente esta donaciō ob causam, porque todas las vezes que el padre dona al hijo motus affectione naturali, vt sacros ordines suscipiat, vel ut militiam consequatur, aut pinguiorem dotem, aut vxorem honorabiliorem, donatio dicitur ob causam, vtpotè naturali ratione munita, & non ex mera liberalitate, quæ requiritur ad hoc quod donatio sit simplex: ita eleganter docet Rolando à Valle. 4. part. cons. 70. num. 14. porque todas las vezes q̄ se puede seguir al hijo alguna commodidad, ò conveniencia por hazerle donacion su padre, como en el caso de ordenarse con el patrimonio que le dà, ò conseguir oficio, ò Prebenda, ò mas crecida dote, ô muger mas principal, videtur ex naturali affectione parentum erga filios ita arctari ad donādum, vt non posit dici liberalitatem aliquam exercere, sed potiùs id facere coactum, ex quodam stimulo paterno, & affectione naturali, que le impele a dessear la commodidad y conveniē cia de su hijo: y para que se siga esse fin, le haze la donacion, quæ non immeritò dicitur ob causam. Doctissimè Rolandus vbi proximè, & num. 15. ibi: *Neque obstant notata per Crauetam in cons. 85. quia respondetur præsuppositum suum falsum esse dum inquit donationem ob causam tantùm dici, quando quis ex necessitate legis cogitur ad illam faciendum: aliâs secus quoniam etiam donatio facta filio contemplatione matrimonij, dicitur ob causam cum procedat ex quodam stimulo paterno, & affectione naturali vt filius vxorem honorabiliorē inueniat, & pinguiorem dotem consequatur, & non ex mera, & simplici liberalitate, vt per Picum Berengariū, & alios supra citatos: & ideô nimirum si ipsa donatio ita conferatur sicut aliæ ob causam, vt est donatio causa mortis, & propter nuptias, Beroius in cons. 53. num. 20. volum. 2. & in cons. sequenti, in princip. Nam maximus est stimulus naturalis, & affectio paternalis qui quandoq; compellit, & cogit patres ad faciendum, quod aliâs non facerent: nam hæc causa videtur quandam quasi fraternitatem habere cum dote, & donatione propter nuptias,* & consil. 44. d. 4. p. ex num. 30. vsq; ad. 34.

58 Facit vlteriùs, nam si donatio ob causam esset illa sola ad quam faciendam iuris vinculo pater teneretur, siguierase de aì q̄ no tuuiera lugar la disposicion de la ley. 29. de Toro en otro caso q̄ en el de la dote, y esso auiédola el padre cōstituydo: nam solus pater tenetur filiā dotare, vt docet Imperator in leg. fin. C. de dotis promissione, Tellus Fernād. in leg. 17. Tauri,

Tauri, num. 78. & non versaretur eius dispositio, quando la madre, ò los demas ascendientes huuiessen dotado a los descendientes, hablando expressamente la ley de las donaciones que hazen todos, vt expressum est in illis verbis: *Quando algun hijo ò hija viniere a heredar los bienes de su padre, ò de su madre, ò de sus ascendientes*, porque la madre neque alij ascendentes præter patrẽ tenentur filiam, seu descẽdentes dotare: ita probat textus in leg. neque mater. C. de iure dotium, textus in leg. 9. tit. 11. 4. part. text. in dicta leg. fin. C. de dotis promissione, Tellus Fernand. vbi proximè. Parlad. diff. 150. 3. parte, num. 3. y haziendolo, no fuera visto donar ob causam, sinò bastâra aquella afeccion maternal, qua movetur mater, vt faciliùs filia maritum reperiat, & meliùs ab eo tractetur, vt advertit Roland. à Valle dicto cons. 70. nu. 14. nam (vt patet ex dicta leg. nec mater; & dicta leg. 9. tit. 11. part. 4.) nullo iuris vinculo adstringitur ad id faciendum, & ita meritò reprehenditur per Rolandum dicto num. 15. Aimon Crauetta cons. 85 y todos los demas que llevan, que es necessario para que se diga donacion ob causam, quod fiat ea ratione, seu causa qua parens iuris vinculo adstringitur ad donandum: porque como queda dicho en la madre no ay causa tan vrgẽte y necessaria que induzga la donacion de la dote, y cõ todo esso constituyendola a su hija, es visto donar ob causam, & nõ simpliciter; y consiguiẽtemente està obligada la hija a cõferirla con los demas herederos, si quiere suceder como ellos: y esta no es opinion, sino doctrina ex communi omniũ Scribẽtium calculo recepta y textual dictæ leg. 29. Tauri, que con bien expressas palabras dispone que el hijo, o hija que quisiere heredar r su padre, ò madre, ò a alguno de los ascendientes, tẽga obligacion a traer a colacion la dote y donaciõ propter nuptias, y las otras donaciones que huuiere recebido de aquel cuyos bienes viene a heredar sin hazer distincion, vtrùm sit pater vel mater: porque para que se diga que la dote es donacion ob causam, no se haze diferencia constituta sit per patrem, nec ne, quia non attenditur vtrùm sit causa simpliciter necessaria, sed solùm quod sit causata donatio ex filij siuè filię necessitate, ad hoc vt meliorem conditionem suam faciat iuncta naturali affectione, la qual del mismo modo mueve e impele a la madre que al padre a hazer semejante donacion,

cion, y assi del mesmo modo la ha de conferir quien la huuie
re recebido de la madre que del padre; vt eleganter docent
Gutierr. vbi sup. & Rolando à Valle d. cons. 70. n. 13. & 14. &
ex verbis ipsius leg. 29. de Toro patet.

59 Ponderase ademas desto, que como queda apuntado en el
num. si solamẽte huuiesse de ser donacion ob causam la q̃
se hizo por causa tan necessaria, que adstringit donantem iu-
ris vinculo ad donandũ, la ley. 29. de Toro solo tuuiera lugar
en el caso de la dote, porq̃ aun la donaciõ propter nuptias, de
qua ibi nõ adstringitur pater iuris vinculo eam facere, nam
quæ propriè dicebatur donatio propter nuptias, que era la q̃
se constituia para la seguridad de la dote, de qua loquitur tex
tus in leg. fin. C. de dotis promissione, leg. vlt. de donat. ante
nuptias, Ant. Gom. in leg. 50. Tauri, num. 9. cum aliquibus
sequentibus, Angulo in leg. 9. glos. 3. num. 10. & ab eo relati
Parisius cons. 126. num. 6 lib. 1. Baeça de dote, cap. 7. num. 5.
& cap. 8. num. 25. iam in desuetudinem abierat, vt ex aliorũ
opinione docent sup. relati, & Ayora. 2. parte, quæst 13. nu.
19. & 20. Tellus Fernandez ab eo relatus in leg. 17. Tauri. n.
78. Garcia de donat. remuneratoria. n. 50. vers. *Quid autẽ fue-
rit*, y assi la donaciõ que se llama propter nuptias in dict. leg.
29. Tauri, no es sino la que se haze causa matrimonij, hæc
enim est hodie donatio propter nuptias, vt docet Couarru.
de testamentis in dict. cap. Reinaldus. §. 2. num. 7. Angulo,
d. glos. 3. leg. 9. num. 13. & 20. & alij quamplurimi relati ab
Ayora. 2. p. quæst. 13. n. 20. quidquid dixerit Tellus Fernand.
in dicta leg. 29. Tauri, qui communiter ab omnibus repre-
henditur: y esta donaciõ no està obligado el padre a hazerla,
neque vllo iuris vinculo adstringitur, vt probatur ex doctri-
na elegantissimi viri Rolandi à Valle dicto cons. 70. nu. 14. &
15. docet Garcia de donat. remunerat. n. 50. & ex omniũ Scri-
bentium voto receptum est: luego es llano que la ley. 29. de
de Toro, que habla tan generalmente de todas las donacio-
nes, se aya de entender, no solo de las que hizieron por causa
tan necessaria y precisa, que adstringebat parentem iuris vin-
culo ad eam faciendam, sino de todas las que se hizieron sti-
mulo affectionis paternę, & generaliter de omnibus factis ob
causam necessariam natura, honestate, more, vel consuetu-
dine, vt elegãtissimè docet Garcia vbi proximè, porque de
otro

otro modo, como queda bastantemente fundado, no pudiera tener lugar la disposiciõ de la ley de Toro mas que en la dote, vt eleganter advertit Garcia vbi proximê, lo qual implica a la generalidad de las palabras, y a la mente del Legislador, vt constat ibi: *La dote y la donacion propter nuptias, e las otras donaciones.*

60 Ex quibus evidenter patet; que caso negado que Lope de Olloqui huuiesse hecho donacion a Don Diego su hijo de los gastos hechos en los Beneficios y Prebenda que obtiene, esta donacion huuiera sido ob causam, porq̃ assistia en ella afeccion paternal munita ratione naturali, que impele a procurar los aumentos y commodidad de los hijos, Roland. d. cõs. 70. num. 14. lib. 4. y Don Diego no tuuiera la de los Beneficios y Prebenda si su padre no le huuiera hecho donacion de los gastos, y assi esta se ha de dezir que fue donacion causada de la necessidad que tuuo: nam aliter non consequeretur Beneficia, & Præbendam; y es bastante esta razon para que muy propriamente se entienda donaciõ ob causam, vt doctissimè advertit Ioannes Gutierr. lib. 2. practic. d. q. 65. nu. 6. porque no mueve menos a el padre la necessidad del hijo para hazer la donacion, que la obligacion civil qua adstringitur ad id faciendum: nam maximus est stimulus naturalis, & affectio paternalis, vt advertit Roland.

61 Y si para que la donacion se diga que es ob causam, basta q̃ la causa sea necessaria, natura, honestate, more, & consuetudine, vt docet Garcia proximè relatus, no se puede negar que en esta donacion concurrieron todas estas circunstancias, scilicet, stimulus naturalis, & affectio paternalis, quæ impellit, & cogit parentes ad faciendum quôd aliàs non facerent, vt docet Roland. vbi proximè in fine num. 15. Adfuit etiam honestas, & consuetudo, porque que otra cosa mas decente, ni puesta en estilo que acomodar tan honradamente a vn hijo, que entonces era segundo, con vn Canonicato de Sevilla, y mil y quinientos ducados de renta en Beneficios? vt testatur idem en la pretension tercera.

62 Y si es cierto que lo que el padre gasta en el oficio, ò milicia que compra al hijo, tenetur filius conferre, aut (ne impropriè loquamur) debet ei imputari in legitimã, textus in leg. omnimodo. §. imputari. C. de inofficioso testamẽto, porque

se

se presume que se donò ob causam, Gutierr. d.n.6. & ex omnium Scribentium recepta opinione tradit Roland. à Valle consl.4.n.32. & 33. y del mismo modo lo que le dio para que se ordenasse, vt docet Couarr. Avend. & Ayora, & idem Gutierr. vbi sup. Con quanta mas razon se dirâ donaciõ ob causam lo que el padre gasta para que el hijo adquiera la comodidad y puesto que tiene D. Diego con los Beneficios y Prebenda, que fuera casi impossible auerlo conseguido de otro modo.

63 Facit etiam illa communis regula, & vulgata, que asi la llama Ayora.2.p.quæst.17.n.42. scilicet, quod omne datum à parente ex aliqua causa, debet conferri: porque no se puede llamar donacion, sino anticipacion de la paga de la legitima que debe el padre al hijo por derecho natural, vt supra probavi: y en caso de duda siempre se debe presumir que quiso exonerarse de essa deuda antes que hazer donacion, vt ex sua & aliorum Doctorum opinione, docet Ayora vbi proximè. Conque queda bastantemẽte fundado que en caso que fuesse cierto que Lope de Olloqui huuiesse hecho donacion y gracia a D. Diego de los gastos de las Bulas, y casaciones de pẽsiones, y los demas de los Beneficios y Prebẽda q̃ obtiene, no puede reusar el traerlos a colacion y particion, porque la donacion que pretende se le hizo, es preciso que huuiesse de ser ob causam, y esta no la debe tener precipua, sino que se le ha de imputar en la legitima, vt ex iuribus & rationibus relatis apertè constat.

64 Imò, que aunque no fuera cosa tan llana y conocida que la donacion que pretende Don Diego, en caso que lo huuiesse sido, auia de entenderse que fue donacion ob causam, adhùc quando fuisset simplex donatio, no son pocos los fundamentos que ay por la parte de los que llevan que la donaciõ simple se debe conferir: y si yo tuuiera opinion en esta parte, lo juzgàra asi: nam de iure comm. fundatur 1. in Authent. ex testamento C. de collat. adonde se prueba que quando el padre determinò que no traxessen a colacion y particion sus hijos nada de lo que huuiessen recebido, no tendràn obligaciõ a traer la dote, ni otras qualesquiera dadivas, vt constat ibi: *Ex testamento, & abintestato cessat dotis, & aliorũ datorum collatio.* Quæ quidem verba sunt generalia, y se han de entender general-

neralmente, vt probat text. in leg. 1. §. quod autem Prætor. ff. de aleatoribus, text. in leg. de precio. ff. de public. in rem actione, melior text. in leg. si servitus. ff. de seruitutibus vrba. prędi. latè probat & exornat Simon Barbosa in suis principijs, & locis commun. litera V. conclus. 22. n. 5. Peregr. de fideicomm. art. 26. n. 110. Luego aquellas palabras, *Cessat dotis*, no se han de entender restrictivè, sed potiùs demonstrativè, para que se entienda de todo lo demas que huuieren recebido, siruiendo solo de exẽplo: lo qual consta con mas llaneza de las palabras, ibi: *Et aliorum datorum*, las quales incluyen todo genero de donaciones: y en esta opinion estuuo Angulo, de meliorat. in gl. 3. leg. 10. tit. 6. lib. 5. Recopil. n. 4. vers. *Ego aliquando*, & ab eo relati Curcius Iunior, & Ioannes Martinus Rainel. & Fulgos. in. d. Auth. ex testam. q̃ no menos se funda in leg. si donat. C. de collat. a la qual dize el mesmo Angulo, que hasta oy no se ha respondido: expressissimis namque verbis ibi probatur, que la donacion que el padre haze a el hijo que tiene en la potestad, indistintamente la ha de conferir, & ita tenet Cuiacius lib. obseruat. cap.

65 Probatur iure Regio Part. hæc opinio in leg. 3. titulo. 4. Partita. 5. quæ quidem statuit, filium post mortem patris teneri donationem indistinctè conferre cum fratribus suis, ibi: *Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los hijos, non valdria, y el hijo a quien lo diesse si huuiesse otros hermanos, tenudo seria despues de muerto su padre, de aduzirla, y traerla a particion con ellos, &c.* Neque minus fundari videtur in textu in d. leg. 29. Tauri in illa generalitate verborum, ibi: *Y las otras donaciones*, las quales palabras son tan generales y amplias, vt non sine magna violentia possint restringi solamente a las donaciones ob causam, porq̃ si esso fuera conforme a la mẽte del Legislador, sin duda lo huuiera declarado y distinguido, argum. text. in cap. ad audientiam, de decimis, ibi: *Mandamus quatenus non permittatis hoc fieri: nam si intelligeremus tantummodo de novalibus, vbi ponimus de laboribus, de novalibus poneremus*, leg. si seruum. §. nõ dicit Prætor. ff. de acquir. hæreditate: facit illud vulgare axioma, quod vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, vt probat textus in dicta leg. de precio ff. de pub. in rem actione, leg. præces la segunda. ff. de officio Præsidis, leg. 2. §. 1. ff. de re iudicata, leg. quos prohibet. ff. de

postu-

postulando, cum similibus, & his fundamentis innixus, llevò Alvaro Valasco esta opinion, fundandola juntamente en el §. 1. tit. 77. ordinam. Portogaliç, que es la misma que nuestra ley. 29. de Toro.

66 Neque ad tenendam prædictam opinionem obstat text. in leg. illud. §. ad hęc. C. de collat. que es el capital por la opinion contraria de que se ayan de cóferir las donaciones simples, quod quidem ibi, intendunt probare ex illis verbis, ibi: *Iubemus ad similitudinem eius qui ante nuptias, donationem, vel dotem conferre cogitur etiam illam personam, quæ nulla dote, vel ante nuptias donatione data, solam simplicem donationem à parentibus suis accepit, conferre eam: nec recusare collationem, ex eo quod simplex donatio non aliter confertur nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit.* Donde parece que se prueba que sino es en caso que el padre al tiempo que hizo la donacion simple, le pusiesse el grauamen de que se huuiesse de traer a colació, no se debe traer en otro.

67 Nam omissa interpretatione Anguli dicta gl. 3. nu. 4. vbi asserebat, que està ley estaua corregida por el Authentico ex testamento, pro veriori resolutione tenenda est sententia Alvari Valasci in praxi collationum & part. d. cap. 13. nu. 92. vbi asserit illa verba, *Eo quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit,* nó esse dispositiua, sed relativa cuiusdã rationis dubitãdi, quam Legislator reijcit, verbi gratia, en aquel texto se propone vna especie, en q̃ concurren a la herécia de vn padre vn hijo, o hija, que auian recebido donació propter nupcias, ò dote, la qual estavan obligados a conferir, concurriò juntamente otro que auia recebido vna donacion simple. Dudòse si este la auia de conferir tambien? Respõde el Emperador, que este hijo a quien el padre le auia hecho la donacion simple, no debe recusar traerla a colacion y partició, por dezir que al tiempo que se la hizo el padre, no le puso essa ley. Las quales palabras no denotan que todas las vezes que se haze donacion simple al hijo, sino se le pone aquella qualidad y grauamen de que la aya de conferir, no estarà obligado a hazerlo, porque no estàn puestas in vim dispositionis, sino repitiendo esta razon de que se valiò el hijo en aquel texto, y refutandola como insuficiéte, que es lo mismo que si dixera

el

el Emperador. El pretexto de què te vales para reusar la colacion, que es dezir que la donacion simple no se debe traer a ella, sino es que al tiempo que la hizo el padre la pusiesse essa qualidad y grauamen, es falso, y assi no te debe valer: y si quieres ser heredero, has de conferirla. Conque queda sin ninguna duda la decision dictæ legis illud, auiẽdola causado tan grande a los mas Doctores que fundarõ en el la opinion de que no se deben conferir las donaciones simples, siendo assi, que con la interpretacion de Alvaro Valasco (que tanto se ajusta a la intencion del Legislador) es vno de los fundamentos mayores que puede tener la que el lleva.

63 Neque iure nostro Regio convincitur opinio Alvari Valasci, ex dispositione leg. 26. Tauri, vbi cavetur, que todas las vezes que el padre haze donacion a su hijo, aunque no declare que le mejora en aquella cantidad que le dona, sea visto averle mejorado hasta en lo q̃ cupiere en el tercio y quinto; lo qual està recebido que se entiende en las donaciones simples: nam vt dicebat aliquando Angulo dicto num. 4. glos. 3. leg. 10. el fin para que el Legislador dispone que se aya de entender que el padre quiso mejorar al hijo hasta en lo que cupiere en el tercio y quinto, no es para que dexe de computarsele la donaciõ en su legitima, y la aya de tener precipua, sino para que a el ni a otro alguno no se pueda mejorar sino en el residuo, descontando del tercio y quinto la donacion, vt denotant verba legis, ibi: *Para que a el ni otro ninguno no pueda mejorar mas de lo que mas fuere del valor del dicho tercio y quinto*: cõsonat text. in leg. 9. tit. 6. lib. 5. Comp. adóde parece que està dispuesto lo mismo acerca de las dotes y donaciones propter nuptias, scilicet, que no se aya de sacar de ellas la mejora de tercio y quinto, sino que en caso q̃ la aya hecho el padre, solo se aya de referir al residuo, descontando la dote y donacion propter nuptias, la qual es cierto que se computa en la legitima: y lo mesmo parece que quiere disponer esta ley. 26. de Toro, acerca de las donaciones simples. Esta interpretaciõ lleuò Angulo vbi supra, licèt posteà recedens ab opinione in qua fuit (quizas porque no tuuo Autor pratico a quien seguir) reijciat etiam hanc interpretationem, diziendo, que si fuera la mente de la ley. 26. el que se huuiessen de cõputar las donaciones simples en la legitima, lo huuiera declarado

assi,

assi: la qual razon no es bastãte para refutar la intepretacion que auia dado, ex eo quia etiam prædicta lex. 26. loquitur & disponit generaliter circa donationem, ibi: *Fizieren alguna donacion*, & nihilominus receptissima omnium sentẽtia est, que solamente se ha de entender su disposicion acerca de las simples. y no se haze reparo en que si fuera essa la mente de la ley lo especificàra el Legislador, iuxta regulam dicti cap. ad audientiam, de decimis.

69 Facit preterea, que no es menor la violencia que se haze a la generalidad de las palabras dictæ leg. 29. Tauri, ibi: *E las otras donaciones*, en limitarlas solo a las donaciones ob causam, ex doctrina textus in leg. alienatum. ff. de verb. signific. vbi asserit Consultus: *Donationis verbũ simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur*, & eorum quæ supra notavi, que la q̃ se haze a la ley. 26. en entẽderla del modo que se ha explicado: y en caso de duda siempre se han de traer las primeras leyes a las vltimas, quod quidem non est novum, vt docet Consult. in. l. nõ est nouũ, & l. ideò. ff. de legib. l. fin. ff de constitutionib. Principũ, y la ley. 26. es mas antigua en tiempo, como consta del lugar en que està colocada, y assi se debe entender con la ley. 29. principalmente teniendo por fundamento su decision (entendiendola en todo genero de donaciones) la razon potissima, porque se introduxo la colacion, nempè vt servetur æqualitas inter filios, leg. vt liberis. C. de collationibus, ley. 4. tit. 15. Part 6. tenet Ant. Gom. in leg. 29. Tauri. n. 2. Angulo dicta glos. 3. leg. 10. num. 5. Velascus vbi supra. n. 91. Lara de Anniversarijs, & Capellanijs, cap. 7. ex nu. 47. quæ quidem ratio proculdubio læditur, sino se entiende la ley. 29. con la generalidad que habla, y conque reduze la materia a la igualdad que es justo que aya entre los hijos, pues igualmẽte los admite el derecho natural positivo y divino a la sucession de los padres, vt rectê aduertit Ant. Gom. dicto num. 2. Y assi no auiendo validose expressamẽte de la potestad que le dan las leyes para poder mejorar a alguno, es visto auerse de sujetar a heredar cõ toda igualdad, pues para esso se introduxo la colacion.

70 Conque consta que quando la donacion que Don Diego de Olloqui pretende que le hizo su padre, no se huuiesse de entender que auia sido donaciõ ob causam (como es llano, y

queda

queda tan indubitablemente probado) ſino ſimple, aun en eſte caſo ay fundamentos tan concluyentes como los que ſe han alegado, & refert Valaſc. vbi ſup. para que la huuieſſe de traer a colacion y particion.

71 Y no ſe ha ceñido eſte diſcurſo, ni los fundamentos que en el ſe han repreſentado ſolamente à los gaſtos liquidos de las Bulas y caſaciones; ſino que tiene el meſmo lugar en otros qualeſquiera que conſtare auer hecho Lope de Olloqui, para que Don Diego ſu hijo conſiguieſſe los Beneficios y Prebenda: pues aunque aya algunos que en rigor no fueſſen neceſſarios, baſta que ſean vtiles para q̃ aya de auer la meſma razon de ellos que de los demas, probat textus expreſſus in leg. quę vtiliter. ff. de negocijs geſtis: y que eſtos lo ſerian no admite duda; ſiquidem non debet, neque poteſt pręſumi que vn padre de familias tan diligente como Lope de Olloqui auia de gaſtar nada ſin neceſsidad, o vtilidad, quodquidē eſt perdere, & non eſt præſumendum, argumento eorum iurium quæ adducta ſunt ſupra, & vt ait Conſultus in leg. cum indebito, verſ. *Sinverò*. ff. de probat. *Incredibile eſt diligentem, & ſtudioſum patremfamilias in aliquo errare*, textus in leg. 1. C. qui & aduerſus quos, leg. quisquis maior. C. de reſcind. vendit.

72 En eſta tercera pretenſion añade D. Diego, que dado caſo que ſe le computen en ſu legitima eſtos gaſtos de Beneficios y Prebenda, ſe le han de deſcontar de los frutos de los Beneficios que percibiò ſu padre todo el tiempo que los adminiſtrò, que fue el que viuiò, y que parece que el ſuſodicho en el eſpacio de nueue ò diez años q̃ los adminiſtrò, percibiria mas de diez y ſeis mil ducados de frutos, conque poco mas ò menos ſe pudo auer hecho pago de los gaſtos. Eſta queſtion tiene mas de hecho que de derecho, y Don Diego eſtà muy olvidado de el, pues haze relacion con tan poca puntualidad: nam in primis Lope de Olloqui no adminiſtrô ſus Beneficios mas que por el eſpacio de ocho años que huuo deſde el de 32. haſta el de 41. excluſiuè, porque falleciô a principio deſte año por el mes de Febrero, conque no pudo percebir los frutos de el, y de eſtos 8. años, por lo menos el primero ſe conſumieron los frutos en la paga de la penſion a que ſe tomaron, que no ſe caſò haſta el año de .33. ò .34. conque ſe vienen a reduzir los nueue ò diez años que dize percibiò de frutos,

ſolo

solo a siete. Y en el valor de los Beneficios tambien añade mas de vn tercio cada año, como se manifestarâ sacando vno ô dos quinquenios de los valores, y ajustandolos por ellos, valuando el pan, y demas frutos por lo que fuere costumbre en este Arçobispado, que de otro modo no es posible ajustarlo, y de qualquiera que se ajuste no pueden quedar siete mil ducados liquidos por todos 8. años, de los quales primero y ante todas cosas se deben sacar los gastos que el susodicho hizo en Salamanca, y los alimẽtos de casa, como se probarà con evidencia y respeto de auer cõsumidose en esso los siete mil ducados poco mas ò menos, vendrà a ser deudor enteramẽte de lo que costaron las Bulas y casaciones de pensiones, que fueron mas seis mil ducados solo las de los Beneficios, y mas de catorze mil que despues por el año de quarenta gastò en el Canonicato que obtiene de Bulas y casaciones, conque està debiendo a la hazienda mas de veinte mil ducados que ha de traer a colacion y particion, ò se le han de computar en la legitima, entregandose en otra tanta cantidad cada vno de los demas herederos, vt expressè disponit leg 3. tit. 4. Part. 5. Y porque lo mas que contiene esta pretension consiste en hecho que se ha de ajustar por papeles, solo se discurrirà en lo que toca al derecho, como es el punto de que se le aya de hazer cargo a Don Diego de lo que gastò, assi en sus alimentos, como en otras cosas desde el dia que obtuuo los Beneficios, quodquidem manifestissimi iuris est.

73 Neque obstat que el dicho Don Diego viuiò siempre debaxo de la potestad de su padre, y a sus expensas, dentro de casa, y el tiempo que estuuo en Salamanca, & pater tenetur filiũ alere, vulgaris textus in leg. si quis à liberis. ff. de liberis agnoscendis, leg. 2. tit. 19. Part. 4. porque esto se debe entender en caso que el padre no administre bienes del hijo, que entonces cessa la obligacion, y siempre se juzga que gasta de aquello que administra, ô tiene en su poder, vt doctissimè advertit Ioan. Garcia de expensis & meliorat. cap. 4. nu. 2. aunq̃ sea dinero que pertenezca al peculio castrense, o quasi del hijo: & ita notabiliter tenet Greg. in leg. 5. tit. 15. Part. 6. gl. verbo, *Las despensas*, argum. text. in leg. Nesenius. ff. de negot. gestis, ibi: *At in proposito auiam quæ negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis aluisse*, porque se juzga que lo haze administra-

nistra-

nistratorio nomine, argum. legis cum post mortem §. 1. ff. de administrat. tut. Greg. in dict. gl. verb. *Las despensas*, lo qual no solo milita en los alimẽtos, vt in. d. l. Nesenius, probant omnes DD. sino tambien en aquello que gastô con el hijo en los estudios, y en todo lo demas que aliàs se convirtiera en peculio castrense, ò quasi, como son los libros para el estudiante, ò las armas para el soldado, text. in leg. quæ pater. ff. familiæ ercifcundę, que todo se entiende que lo gastô el padre de la haziẽda que administrava del hijo, vt docet Bartolus in leg. stichus. ff. de peculio legato, quem sequitur Greg. d. gl. verb. *Las despensas*, probatur ex eleganti responso Scævolæ in leg. filius fin. ff. de petitione hęreditatis.

74 Neque huic opinioni refragatur decisio text. in leg. fin. C. de dotis promissione, adonde se prueba, que si el padre que tiene en su poder el peculio adventicio del hijo, ò de la hija les diere la dote, o hiziere alguna donacion propter nuptias, no se entiende que lo hizo de los bienes del hijo, ò hija, hoc est del peculio adventicio, sino de los proprios suyos: nam breviter dicendum est, que en este caso no milita la razõ que en los demas, porque el padre es deudor de la dote, ò donaciõ propter nuptias, y en caso de duda se presume que quiso pagar, & ita tenent Bartolus, & Greg. vbi sup. Paulus lib. 2. cõs. 415. num. 2. y assi se asienta por conclusion llana, q̃ quando el padre tiene en su poder bienes del hijo, aunque procedan del peculio castrense, ò quasi, es visto que todo lo que gasta con el hijo, assi en los alimentos, como con los estudios, ò otra qualquiera cosa, etiam si se convierta en peculio castrẽse, es visto auerlo gastado y expendido de los bienes del hijo, como casi en los mesmos terminos de nuestro caso lo enseña Paulo. d. cons. 415. text. in. d. l. si quis â liberis. §. sed si filius, ff. de liberis agnoscendis, & leg. 6. tit. 19. Part. 4. ibi: *Otrosi quando el fijo ouiesse de lo suyo en que pudiesse biuir, ò huuiesse tal menester, porque pudiesse guarecer vsando de el sin mal estança de si, entonces non es tenudo el padre de pensar de el*, Gregor. Lop. & Bart. ab eo relatus vbi sup. Couarr. 2. part. cap. 8. §. 6. n. 9. Sarmiẽt. in defensione libelli, de reddit. Ecclesiast. 2. p. §. in secundo monito, Azebedo cons. 16 n. 5. & 6. & 7. Surd. de alimentis, tit. 6. quęst. 6. n. 1. Garcia de expensis, cap. 4. nu. 22. Molin. de Hisp. primog. lib. 2. cap. 15. num. 46. & plures relati ab Addi-

tiona-

tionatore eius Flores de Mena; Angulo de meliorat. glos. 2. leg. 10. num. 11. Matienço in leg. 3. glos. 2. num. 7. tit. 8. lib. 5. Recop. & ab eo relatus Ant. Gom. in leg. 29 Tauri, num. 16. asserens in tantum esse verum, vt defendi debeat, contra la opinion de Bartulo, y comunmente de todos los DD. que aunque los bienes que administra el padre no consistan en dinero, sino en qualquier genero de hazienda, se aya de entender que de aquella es de lo que gasta: la qual dotrina es inclusiva de todo genero de bienes, y no se limita a los muebles solaméte, sino a los inmuebles. Quãto igitur fortiùs tendrà lugar en nuestro caso, que lo que se administrò fuerõ frutos, que es lo mismo que dinero, y precisamente se auian de conuertir en el para que no se perdiessen; ademas de que debaxo de esta palabra, *pecuniarem significari Proculus ait*, textus in leg. pecuniæ appellatione. ff. de verb. significatione. Conq̃ es evidente que a Don Diego se le debe hazer cargo de los gastos hechos en Salamanca, y de los alimentos, y todos los demas que hizo Lope de Olloqui su padre con el desde el dia que obtuvo los Beneficios en adelante, q̃ como cõsta fueron ocho años: y no llegando a siete mil ducados los frutos de los Beneficios, se puede descontar lo vno por lo otro, pues el lucimiento con que le tuuo siempre Lope de Olloqui al dicho Don Diego su hijo, y los gastos tan exorbitantes que hazia, q̃ directè, ô indirectè todo salia de la hazienda de su padre, persuade a que no se le haze agrauio alguno: quanto mas que en esta parte siempre se estarà a lo que el susodicho dixere que le parece gastaria, pues no se puede aueriguar mejor por otra parte la verdad, y siempre se ha de hallar en Don Diego con la justificacion que se debe.

75 Antes de entrar en el discurso q̃ se ha de hazer en la quarta pretension de Don Diego, necessariamente se ha de hazer vn presupuesto que faltò en el principio de este papel: que es assentar que auiendo llegado el caso de la restitucion de la dote de Doña Eluira Dauila y Mendoza, por auer fallecido Don Alberto, vt constat num. 5. Iuan Dauila Aguirre, padre de la susodicha, quiso hazer ciertas diligencias cõtra los bienes del Vinculo, y los que auian quedado de Lope de Olloqui, y de D. Vrsula de Mendoza su muger, por dezir estavan afectos, y obligados a la restitucion y paga de dicha dote, mediante

mediante la obligacion que los susodichos contraxeron como fiadores de su hijo Don Alberto, para la restitucion y paga de ella a el tiempo y quando se casò con la dicha Doña Eluira Davila: y por euitar diferencias y pleytos se hizo cõcierto y transaccion entre el dicho Iuan Davila Aguirre, y Don Diego de Olloqui por si, y en nombre de Don Lope su hermano, con poder que a su instancia le embiò desde Madrid, y Don Francisco de Olloqui con intervencion del Curador ad litem, que para este efecto se le nombrò, por ser menor de 25. años, para que se obligassen de mancomun todos tres hermanos a pagar la dicha dote y arras por plazos, cinco mil ducados de plata en cada vn año, con ciertas condiciones y calidades, de que mas largamente consta por la escritura que en razon de lo susodicho se otorgò ante Luis Alvarez escrivano publico desta Ciudad.

76 Y parece que en virtud de esta escritura el año passado de seisciẽtos y quarẽta y quatro, Carlos Gregorio, como marido y conjunta persona de Doña Elvira Davila, pidiò execucion cõtra los bienes de los susodichos, y desde este tiempo hasta este mes de Iulio de seiscientos y quarenta y siete se le han pagado doze mil ducados de plata poco mas o menos, de q̃ tiene cartas de pago Don Francisco, por auer sido quien le ha hecho las pagas, aunque para este efecto se ha valido del dinero de la hazienda que està pro indiviso: y atento a esto, en el cargo que le tienen hecho los Contadores en la particion que se està haziendo, le tienen puesta en data esta partida.

77 Assentado este presupuesto, tiene tan poca justicia D. Diego en esta vltima pretension, que reconociendola el mismo, procura esforçarla con argumentos sofisticos, y presupuestos contrarios a la verdad del hecho, como es dezir que los bienes del Vinculo se hipotecaron a la seguridad y paga de la dote que recibiò Don Alberto primero posseedor de el, para en caso que faltassen los libres de Lope de Olloqui su padre, y Doña Vrsula su madre, y que auiendolos, no ha llegado el caso de intentar accion contra la hipoteca, scilicet, del Vinculo, y ansi han de pagar los de su padre, como obligados por la fiança: y que las pagas que hasta aora se han hecho mediãte la execucion que Carlos Gregorio, como marido de Doña Eluira, tiene hecha en todos los bienes en virtud de la escri-

tura

tura de transaccion por donde se obligarō todos tres hermanos, y las que estan por hazer no se han de referir a esta segunda escritura de transaccion, sino a la de capitulaciones, por dōde el dicho Lope de Olloqui su padre obligò su persona y bienes como fiador, a la paga y seguridad de la dicha dote; cōque se vendrà a repartir la obligacion y carga entre todos tres, y no la tendra D. Diego de pagar mas que la tercia parte, pues en ella es heredero de su padre.

78 Aunque es verdad que no necessita esta pretension de mas respuesta que hazer demonstracion de la escritura de capitulaciones, pues de ella consta con bastante claridad lo contrario de lo que asienta Don Diego, con que viene a dar en vazio su discurso; con todo esso se fundaràn con toda precision tres Pūtos, para que no puedan causar duda ni confusion los argumētos que haze el susodicho. En el primero se probarà que Lope de Olloqui nunca pudo ser conuenido por la fiança que hizo a su hijo Don Alberto, para la paga y satisfacion de la dote que el susodicho recibio con Doña Eluira Dauila su muger. En el segundo, que aunque pudiesse ser conuenido, y con efecto pagasse, siempre auia de tener lasto contra el posseedor del Vinculo. En el tercero, que la escritura de transaccion, de qua n. 73. no perjudica a Don Francisco, ni de ella se infiere obligacion respecto de Don Diego. Ad rem igitur deueniendo.

PRIMERO PVNTO.

79 Lope de Olloqui nunca pudo ser conuenido por la fiança que hizo de la dote por su hijo a fauor de Doña Eluira Dauila y Mendoza.

Esta conclusion es tan llana, que ademas de fundarse en la opinion comun y recebida de todos los Doctores, tiene por apoyo la sentencia y decision de los Emperadores Graciano, Valentino y Theodosio in. l. 1. C. ne fideiussores dotium dentur, cuius verba sunt: *Siue ex iure, siue ex consuetudine, lex proficiscitur v vn uxori fideiussorē seruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri*. Y de Iustiniano in. l. 2. eiusdē tit. quibus in iuribus probatur, que està prohibido por derecho que se pueda admitir fiança alguna por dote; y asi la q̄ hizo Lope de Olloqui por la que recibio Don Alberto su hijo, no pudo consistir, vt in supr. citato

citato tit. docent omnes Doctores: idem tenent Gutierr. de iuramento confirm. 1 p.cap.21 vbi latê prosequitur materiã Zauallos.q 258.per totam, Pichard.& ab eo relati in commẽtarijs institutionum.§.in omnium.n.2.&.7.instit.de fideiuss. Ant.Gomez in leg.53.Tauri n.26.La qual doctrina es tan general, que aunque Lope de Olloqui huuiera expressamente renunciado el titulo ne fideiussores dotium dentur; adhuc nõ teneret fideiussio, vt probant supra citati, & infra referendi. Y la razon es, porque este es titulo que induze derecho prohibitiuo, & iuri prohibitiuo renunciari non potest, vt tenet glosa in.d.leg.1.Zauallos vbi supra.n.2.& ab eo relati, Palacios Rubios, & Tiraquel.plures cumulans de iure primog.q.24.n.9.&.10.Azeb.in leg.2.tit.2.lib.5.comp.n.31.idem in leg 5.tit.15.lib.5.eiusdem recop. Matienço ibidem glos.1.y otros muchos, quos consultô omitto. Et licèt verum sit que ha auido algunos que han limitado esta conclusion en caso que el q̃ otorga la fiança es persona conjunta, como hermano, o padre vt videre est per Ant.Gomez in.l.93.Tauri.n.26. y el mismo sigue esta limitacion quando el padre es el fiador, eorum opinio meritò reprehenditur per doctisimum Angulum de meliorat.in.l.9.glos.3.ex.n.27.vsq; ad.34.vbi doctisimè & acutisimê prosequitur materiam: porque si la razon de la prohibicion de la fiança en la dote es la que dà el Emperador in dicta leg.2.C.ne fideiussores dotium dentur, scilicet, *ne causa perfidei in conubio generetur*: que diferencia se puede hallar para que esta razon cesse quando el padre es el que se obliga a la restitucion, o quando es vn estraño: ita elegantisimè ratiocinatur Angulo omnino videndus vbi proximè num.28.y del mismo modo reprehende la opinion que siguieron algunos, de q̃ por lo menos ya que no pueda auer fiadores por dote, se podran constituir correos: la qual opinion aun tiene mucho menos fundamento, y milita la misma razon de la ley.2.para que no se deba seguir: imò (como dize Ang.vbi sup.n.31.) es mas estrecha y rigida la obligacion del correo, que la del fiador; y assi no consistiendo aquella, mucho menos debe consistir esta, y por ser las palabras tan elegantes, no se escusa ponerlas aqui para acabar este discurso (ait igitur) *Item in correo militat eadem ratio perfidiæ, quam considerauit dict.l.2. ergo debet esse eadem dispositio leg. illud ad leg. Aquil. imo quo maior & arctior est obligatio cor-*

rei

rei quàm fideiussoris, arctius in eo debet versari prohibitio illorũ iuriũ. Quibus pro brevitate finitur primi puncti, seu articulo discusio.

SEGVNDO PVNTO.

80 CAso negado que huuiesse consistido la fiança que Lope de Olloqui otorgò en la escritura de capitulaciones por su hijo don Alberto, para la paga y restitucion de la dote que el dicho recibiô de Doña Elvira Davila y Mendoza, aviendo llegado el caso de pagar el dicho Lope de Olloqui, ò sus bienes, en virtud de la obligacion y fiança, auia de tener lasto contra su hijo Don Alberto, ò otro qualquiera possedor del vinculo, para que de sus frutos y rentas se le diesse satisfacion de lo que huuiesse pagado.

81 Constat superior cõclusio ex ipsiusmet facti serie: porque aunque Don Diego asienta que la obligacion de los bienes del Vinculo fue para en caso que faltassen los libres de Lope de Olloqui su padre, la verdad es, y lo que consta por la escritura de capitulaciones (que es el origen de todo) que Alberto de Olloqui ademas de la tacita obligaciõ è hipoteca, de qua in tit. ff. quibus modis pignus, vel hipoteca tacitè contrahitur, obligô todos sus bienes a la restitucion y paga de ella, y por especial hipoteca las rentas del Vinculo, vt cõstat in illis verbis, ibi: *Hipotecando como desde luego para entonces obliga e hipoteca por especial hipoteca a la seguridad, e restitucion, e paga de la dicha dote y arras, todos los bienes que de presente tiene, e tuuiere de aqui adelãte, y en particular la renta del dicho Vinculo e Mayorazgo, &c.* Y desde el principio de su fundacion tuuo esta qualidad y grauamen de que las rentas de el quedassen hipotecadas especialmente a la seguridad y paga de dicha dote, como se ve bien claramente en la capitulacion que otorgã Lope de Olloqui y doña Vrsula de Mendoza su muger, en que hazen la fundacion del dicho Vinculo, ibi: *Quedãdo como han de quedar obligadas è hipotecadas las rentas del dicho Vinculo a la seguridad, y restituciõ de la dicha dote y arras, el qual desde aora para entonces lo hazen e otorgan en fauor del dicho D. Alberto de Olloqui su hijo, y de sus successores, &c.*

82 Ex his igitur constat, que siendo el principal obligado D. Alberto, y la hipoteca especial las rentas del Vinculo (no los bienes de el como dize D. Diego) auiendo llegado el caso de

pagar Lope de Olloqui ò sus bienes por la fiança, siempre ha de tener recurso y lasto contra los de D. Alberto de Olloqui y las rentas del Vinculo, como le tiene qualquiera otro fiador siempre que ha pagado por el principal, vt docet Vlpianus in leg. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. & Paulus in leg. ex mandato. §. 1. Papinianus in leg. qui fide 53. ff. de negot. gestis, probat text. in leg. 11. & 12. tit. 12. Part. 5. & text. in leg. 11. tit. 19. lib. 3. fori legum. Y assi auiendo llegado el caso en que se debiò restituir la dote de D. Elvira por la muerte de Don Alberto, que fue el año de 41. desde esse tiempo tuuo obligacion D. Diego, como posseedor del Vinculo, a la paga y satisfacion de la dote: y quãdo fuesse mas lo que huuiesse pagado D. Francisco que monta lo percebido de la renta del dicho Vinculo desde q̃ lo possee D. Diego, por lo menos de todo lo q̃ pareciere auer percebido se ha de dar accion para cobrarlo enteramente de sus bienes, y lo restante hasta el entero cumplimiento de la dicha dote se ha de pagar de lo que fuere rētando.

TERCERO PVNTO.

83 LA escritura de transaccion y concierto en que se obligaron de mancomun D. Diego, D. Lope, y D. Frãcisco en favor de Iuan Davila Aguirre, y D. Elvira Davila y Mendoza su hija, a pagar a ciertos plazos la dote de la susodicha, no le obsta a D. Francisco, ni aun a D. Lope, vt ex subiectis apparebit.

84 Lo primero, porque al tiempo del otorgamiẽto de dicha escritura, D. Francisco de Olloqui era menor de .25. años, y aunque se hizo cierta informacion de vtilidad y prouecho para que se pudiesse obligar, es llano que no huuo alguno, supuesto que como queda arriba probado, el dicho D. Frãcisco ni los bienes de Lope de Olloqui su padre no estauan obligados a la restituciõ de la dote, pues como se ha fundado, no consistiò la fiança, y assi no pudo tener vtilidad alguna en obligarse por vna escritura a pagar lo que no avia accion alguna para pedirle: ni el ser jurada la escritura haze fuerça, porque el juramẽto se hizo con el presupuesto de que le auia sido vtil otorgarla, y no verificandose este presupuesto, no puede tener fuerça el juramento.

Lo

85 Lo segundo, no le obsta ni perjudica dicha escritura de trãsaccion a D. Francisco, porq̃ el susodicho antes de otorgarla se resguardò con la q̃ le hizo D. Diego, de q̃ en ningun caso y tiẽpo lastaria por la dicha escritura de transaccion; y siendo assi q̃ Carlos Gregorio como marido de D. Elvira Davila ha pedido y cobrado de D. Francisco en virtud de dicha escritura, es visto auer llegado el caso del resguardo, y estar obligados todos los bienes de D. Diego a satisfazer todo lo q̃ ha pagado D. Francisco, y es falso el presupuesto q̃ haze D. Diego de q̃ no paga en virtud de la escritura de transaccion, sino por la obligaciõ en q̃ estan los bienes de Lope de Olloqui su padre en virtud de la fiança que hizo, pues como queda dicho y fundado arriba, la dicha fiança no consistiò ni pudo consistir, y la execuciõ se pidiò en virtud de la escritura de transacciõ, como consta del pleyto que està pendiente.

86 Lo. 3. aunq̃ D. Frãcisco no se huuiera resguardado cõ la escritura de qua sup. siẽpre tiene acciõ y recurso contra D. Diego, porq̃ ò pagò en virtud de la obligaciõ q̃ suponemos de Lope de Olloqui su padre, ò en virtud de la escritura de trãsacciõ en q̃ estava obligado de mãcomun cõ D. Diego y D. Lope. Si pagò en virtud de la obligaciõ de Lope de Olloqui su padre, cõpele acciõ cõtra D. Diego por ser posseedor del Vinculo, cuyas rẽtas estã hipotecadas especialmẽte, vt sup. probavi. Y si pagò en virtud de la escritura de trãsacciõ, tãbien ha de tener acciõ y recurso cõtra D. Diego, pues aunq̃ en ella estã obligados principalmente y de mancomun todos tres, la vtilidad y cõveniencia de dicha escritura se le siguiò a D. Diego; y todas las vezes q̃ muchos se obligã de mancomun, y como reos principales, si llegare el caso de ser cõvenido vno, tiene acciõ cõtra aquel en cuya vtilidad se cõvirtiò la obligacion, o cuyo negocio se hizo; porq̃ aunq̃ respectiuamẽte del acreedor todos sean reos principales, invicẽ inter se fideiussores sunt, y principalmẽte respecto de aquel cuyo negocio se hizo, ô por cuya conveniencia se obligarõ: ita docet & tenet Rodrig. de ann. reddit. lib. 2. q. 5. n. 21. omnino videndus, & idẽ sentit Angulo de melior. in. l 9. gl. 3. n. 31. Con q̃ parece queda biẽ clara y manifiesta la justicia de D. Frãcisco de Olloqui, para que no se admitã a su hermano D. Diego las pretensiones que ha representado a V. m por su informe, pues se ha hecho evidẽcia en este de la poca justicia en q̃ se fundã. Salvo in omnibus meliori iudicio.

Lic. Don Antonio de